

Publicato il 05/11/2019

N. 12667/2019 REG.PROV.COLL.
N. 07803/2019 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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7803 del 2019, proposto da Marrocco Elevators S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico Umberto I di Roma, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Patrizia Bececco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del Bando avente ad oggetto “Procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione e gestione impianti elevatori – presidio in situ – ammodernamento/riqualificazione di parte degli impianti dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Umberto I” (CIG: 78662445E6);

- del Disciplinare di Gara, del Capitolato Tecnico e di tutti gli altri documenti facenti parte della *lex specialis*, nonché dei chiarimenti eventualmente pubblicati;
- della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Umberto I n. 0000299 del 03.04.2019;
- di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2019 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il mezzo di tutela all'esame la società ricorrente ha chiesto l'annullamento del bando, e degli atti con lo stesso connessi, con cui l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Umberto I ha indetto procedura aperta per l'affidamento del "*servizio di manutenzione e gestione impianti elevatori – presidio in situ - ammodernamento/riqualificazione di parte degli impianti*", per l'importo complessivo di € 6.900.000,00, IVA esclusa, per la durata di 60 mesi, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e da espletare tramite il sistema informatico per le procedure telematiche di acquisto gestito da *Intercent-Er*, la cui formulazione impedisce la propria partecipazione alla gara.

1.2. Avverso lo stesso deduce i seguenti motivi di censura:

I) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30, 51, 83 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; illogicità manifesta; sproporzione; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità.*

Il requisito previsto dall'art. 7 lett. c 2 del disciplinare, secondo cui i partecipanti devono attestare la *“regolare esecuzione di un unico contratto effettuato presso un'unica struttura ospedaliera per il quale risulta contabilizzato, in ciascun anno del triennio, un importo non inferiore ad € 400.000,00”* (c.d. *“contratto di punta”*), nel pretendere lo svolgimento di un servizio totalmente identico a quello oggetto di gara, sarebbe illogico e sproporzionato anche alla luce del fatto che – come già affermato dall'ANAC nell'ambito di un parere del 2010 - il servizio svolto presso aziende ospedaliere non avrebbe nulla di diverso da quello svolto presso altre strutture aperte al pubblico, né sul punto vi sarebbe motivazione alcuna.

Nella *lex specialis* di gara non si rinverrebbe, inoltre, alcun elemento da cui desumere l'entità delle prestazioni da eseguire sotto il profilo economico e, quindi, la *ratio* della richiesta di un importo contrattuale minimo di € 400.000,00 per ciascun anno del triennio, essendo stata omessa anche l'attività di progettazione dei servizi oggetto di affidamento.

II. *Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30, 48, 51, 83, 89 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; illogicità manifesta; sproporzione; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità.*

Il punto 7 del Disciplinare, a pag. 11, prevede inoltre che, nell'ambito dei raggruppamenti temporanei, il già contestato requisito di cui al punto c2) *“servizio di punta, non frazionabile”* debba essere posseduto *“per intero dalla mandataria o dalla capofila”*, così illegittimamente

comprimendo la possibilità di consentire l'avvalimento frazionato, in spregio alla giurisprudenza comunitaria.

III. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; illogicità manifesta; sproporzione; difetto di istruttoria; contraddittorietà; perplessità.*

La stazione appaltante non ha nemmeno motivato la decisione di non suddividere la gara in lotti, ancorché sia pacifico che il Policlinico Umberto I copra una vasta area e sia costituito da numerosi edifici autonomi e indipendenti e che, nel contempo, l'appalto abbia ad oggetto prestazioni diversificate tra loro.

2. L'Azienda ospedaliera convenuta si è costituita in giudizio motivatamente chiedendo la reiezione del gravame.

Ha, in particolare, eccepito che la richiesta del “contratto di punta” sarebbe dovuta alla specificità strutturale del Policlinico, dovendo il servizio oggetto di affidamento garantire la contemporanea gestione di non meno di 147 impianti elevatori in un contesto caratterizzato dalla costante emergenza, e che, pertanto, il contestato requisito di partecipazione sarebbe finalizzato alla selezione di un operatore munito di una particolare esperienza nel servizio.

3. All'udienza del 9 luglio 2019, in sede di esame della domanda cautelare proposta da parte ricorrente, è stata disposta la fissazione dell'udienza di discussione per il 15 ottobre 2019.

4. In vista di quest'ultima le parti hanno approfondito le proprie difese tramite lo scambio di memorie difensive.

4.1. La società ricorrente ha, altresì, spiegato istanza istruttoria finalizzata all'acquisizione sia dell'elenco dei partecipanti alla gara, sia degli atti della analoga procedura di affidamento svoltasi nel 2004.

4.2. L'Azienda resistente ha, inoltre, in tal sede eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione della mancata partecipazione della ricorrente alla procedura *sub iudice*.

5. All'udienza pubblica del 15 ottobre 2019 il ricorso è stato, infine, trattenuto in decisione.

6. In via preliminare va respinta, siccome infondata, l'eccezione di inammissibilità spiegata da parte resistente.

6.1. Sull'argomento la giurisprudenza amministrativa, recentemente compendiata nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018, è consolidata nel ritenere che, sebbene in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) sia declinato nel senso che la stessa *“deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione”* e che *“chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui res inter alios acta - venga nuovamente bandita”* ... *“a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando:*

I) si contesti in radice l'indizione della gara;

II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti”.

L'odierna controversia va, senza dubbio, ricondotta a tale ultima fattispecie, avendo ad oggetto l'impugnazione di un bando di gara

che impedisce alla ricorrente, in ragione dei requisiti ivi previsti e dalla stessa contestati, di presentare domanda di partecipazione.

La stessa rientra, pertanto, a pieno titolo nelle ipotesi nelle quali sono ravvisabili legittimazione ed interesse al ricorso anche in mancanza di partecipazione alla gara, essendo quest'ultima impedita dalle prescrizioni dell'atto impugnato.

7. Ancora in via pregiudiziale, rileva il Collegio l'irrilevanza, ai fini del decidere, dell'acquisizione degli atti oggetto di richiesta istruttoria, considerato che l'Azienda resistente ha precisato essere stata presentata una domanda di partecipazione all'appalto ed ha depositato in atti (doc. 6) i chiarimenti resi durante la pendenza del termine per la presentazione delle offerte.

8. Passando all'esame del merito, la Sezione reputa fondata e dirimente la censura spiegata nel III motivo di ricorso, con la quale si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016.

8.1. Quest'ultimo al comma 1 così dispone:

“Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139.”

8.2. Ai sensi delle disposizioni richiamate dall'art. 51 citato, si intende per “«lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e

fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti? e per *“lotto prestazionale»*, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”.

8.3. Osserva il Collegio che nell’ambito del previgente d.lgs. 163/2006 la materia era regolata dall’art. 2 comma 1-*bis* (introdotto dall’articolo 44, comma 7, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 e successivamente modificato dall’articolo 1, comma 2, del D.L. 6 luglio 2012 n. 95 e dall’articolo 26-*bis*, comma 1, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98) il quale prevedeva, diversamente che: *“Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l’accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell’appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese”*.

8.4. Il raffronto letterale tra le due disposizioni succedutesi nel tempo evidenzia come il codice del 2016 abbia rafforzato il già introdotto *favor* per la suddivisione dell’appalto in lotti rendendo lo stesso quale un obbligo derogabile solo in forza di specifica motivazione.

8.5. Ciò è dovuto alla crescente attenzione riservata dal legislatore europeo all’accesso al mercato delle commesse pubbliche da parte delle piccole e medie imprese (PMI), costituendo la riduzione del valore dei contratti un efficace incentivo alla partecipazione degli operatori di mercato di più ridotte dimensioni alle procedure di affidamento.

8.6. 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”* .

8.6.1. 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”*.

8.6.2. 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. [...] [L]e 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.”*

8.7. Così sinteticamente descritta la genesi e la *ratio* dell'obbligo della suddivisione in lotti, va, altresì, evidenziato che secondo la univoca interpretazione fornita dalla giurisprudenza l'attenuazione dello stesso è subordinata all'esternazione di una specifica e congrua motivazione che dia conto dei “*vantaggi economici e/o tecnico — organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico ed espliciti le ragioni per cui detti obiettivi siano prevalenti sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare ad un numero quanto più ampio di imprese e in particolare alle imprese di minori dimensioni. Si tratta di espressione di scelta discrezionale, sindacabile solo nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità*” (TAR Campania, sez. V, 6 marzo 2019, n.1276; in termini anche TAR Veneto, sez. II, 14 gennaio 2019, n. 36; Cons. di Stato sez. III, 21 marzo 2019, n.1857 e sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044).

8.8. Ciò premesso, rileva il Collegio che il bando impugnato non prevede la suddivisione in lotti, né reca alcuna motivazione a supporto di tale omissione la quale, a ben vedere, neppure si evince dal complesso degli atti di gara dai quali emerge, piuttosto, che l'affidamento ha ad oggetto le diverse attività di “*manutenzione e gestione impianti elevatori — presidio in situ — ammodernamento/riqualificazione di parte degli impianti dell'azienda ospedaliera universitaria policlinico Umberto I°*” relativamente ad un elevato numero di impianti (in totale 205) ubicati in svariati padiglioni, alcuni aventi anche indirizzo differente, così che risulta astrattamente configurabile la suddivisione dell'appalto in lotti “funzionali”.

8.9. Solo nella memoria conclusionale la difesa di parte resistente ha dedotto che la mancata suddivisione dell'appalto in lotti sarebbe sostanzialmente dovuta alla inopportunità di frazionare il servizio di presidio.

8.10. Osserva, tuttavia, in proposito la Sezione che la motivazione del provvedimento non può essere validamente integrata in giudizio, costituendo la stessa, come affermato dalla Corte Costituzionale (Ord. n. 58 del 17 marzo 2017) nell'esaminare la questione di legittimità dell'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, l. 241/1990, *“il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 l. n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990”*.

8.10.1. Tale principio vale, a maggior ragione, per il caso in cui l'integrazione giudiziale sia fondata su scritti difensivi, in quanto non promananti dall'organo della competente amministrazione, e riguardi un'attività connotata da ampia discrezionalità quale è, per quanto riferito dalla giurisprudenza sopra citata, quella inerente la valutazione della ragioni che possono supportare la mancata suddivisione in lotti di un pubblico appalto.

9. La mancanza di motivazione in ordine alla omissione della suddivisione dell'appalto in lotti si pone, dunque, in contrasto con la chiara disposizione dell'art. 51 d.lgs. 50/2016, come detto di derivazione eurounitaria, ed evidenzia pertanto la fondatezza del III motivo di ricorso.

9.1. Dall'accoglimento di quest'ultimo discende, peraltro, l'assorbimento dei motivi spiegati sub I e II rispetto ai quali, allo stato, conseguendo alla rilevata illegittimità nuove valutazioni e determinazioni da parte dell'Azienda resistente, la società ricorrente non ha interesse.

10. Il ricorso viene, pertanto, accolto nei termini anzidetti, con annullamento dell'impugnato bando avente ad oggetto *“Procedura*

aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione e gestione impianti elevatori – presidio in situ – ammodernamento/riqualificazione di parte degli impianti dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Umberto I' nonché del Disciplinare di Gara, del Capitolato Tecnico e di tutti gli altri documenti facenti parte della *lex specialis* approvati con Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Umberto I n. 0000299 del 03.04.2019.

11. La particolarità della questione e l'esito complessivo del giudizio giustificano la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza *Quater*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, come in motivazione dettagliatamente riportati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO