

REPUBBLICA ITALIANA

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 8414 del 2018, proposto da

A.N., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferruccio Auletta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma via della Balduina 120;

contro

[L.F.M.](#) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

nei confronti

Regione Campania non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 5357/2018, resa tra le parti, concernente annullamento, previa sospensione, del bando di gara indetto dalla A.N. per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione ambientale di tutti i presidi, strutture ed Uffici aziendali, pubblicato in GURI 5 Serie Speciale n. 58 del 21 maggio 2018 ed in GUUE; del disciplinare di Gara e del Capitolato Tecnico, in uno a tutti gli atti di gara; delle delibere del Direttore Generale dell'A.N. n. 442/2018 e n. 462/2018 di indizione della gara; di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di [L.F.M.](#) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2019 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti gli avvocati Ferruccio Auletta e Lorenzo Lentini;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con il presente atto di appello la A.N. ha impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania - Napoli n. 5357 del 3 settembre 2018, pronunciata in forma semplificata, che ha accolto il ricorso proposto [L.F.M.](#) s.r.l. avverso il bando della procedura aperta indetta dall'A.N. per l'affidamento

del servizio di pulizia e sanificazione ambientale di tutti i presidi, strutture ed uffici aziendali, di durata triennale, per l'importo complessivo di Euro 42.439.356,00 oltre IVA, suddivisa in due lotti, da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, pubblicato in GURI 5 Serie Speciale n. 58 del 21 maggio 2018, nonché avverso il Disciplinare di Gara, il Capitolato Tecnico, tutti gli atti di gara e le delibere del Direttore Generale dell'A.N. n. 442/ 2018 e n. 462/2018, di indizione della gara.

La sentenza ha annullato il bando di gara, in accoglimento del primo motivo di ricorso relativo alla violazione degli articoli [51](#) e [83](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#), per l'eccesso di requisiti di partecipazione richiesti, avendo la A. suddiviso la gara solo in due macrolotti di rilevante valore (29.681.856 più iva; 12.757.500, più IVA); la sentenza ha infatti ritenuto sussistenti la violazione dei principi di massima partecipazione e concorrenza ed il difetto di motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico prevalenti sul principio di massima partecipazione per derogare alla suddivisione in lotti, qualificando le argomentazioni difensive al riguardo come una integrazione postuma della motivazione. Ha condannato la A. al pagamento delle spese di giudizio.

La A.N. ha proposto i seguenti motivi di appello:

-errorin iudicando, difetto di motivazione, in quanto il giudice di primo grado non avrebbe motivato circa la discrezionalità della stazione appaltante nella previsione dei due macrolotti e sui parametri di ragionevolezza e logicità violati dalla stazione appaltante nella predisposizione dei due macrolotti;

-error in iudicando, difetto di motivazione sotto altro profilo, travisamento dei fatti, contraddittorietà, in quanto la motivazione della ripartizione di lotti operata dalla A. emergerebbe dagli atti di gara e sarebbe corretta, in quanto giustificata dalla area geografica di riferimento della A.N., proveniente dall'accorpamento di due A. e due distretti sanitari con 35 Comuni di competenza, di cui alcuni su Procida e Ischia, nonché corrispondente alla varietà delle strutture di riferimento, in quanto i due lotti sarebbero stati individuati con riferimento al tipo di strutture: il primo lotto per gli ospedali, l'ospedale veterinario, l'hospice e la RSA; l'altro per tutte le altre strutture; inoltre le sedi di Ischia e Procida sono state inserite una per ogni lotto. A sostegno della legittimità della scelta della A. deduce, inoltre, che comunque sono state presentate 14 offerte di cui solo due in ATI.

-error in iudicando, difetto di motivazione, travisamento dei fatti, contraddittorietà, sotto altro profilo, violazione dell'art. [51](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#), in quanto la sentenza avrebbe erroneamente ritenuto le deduzioni della A. in giudizio una motivazione postuma non ammissibile;

-vizio di ultrapetizione rispetto all'affermazione dell'eccesso di requisiti di partecipazione, in quanto il motivo formulato dal ricorrente riguardava solo i requisiti economici (aveva contestato la richiesta della fascia "L" [D.M. n. 274 del 1997](#)) e non i requisiti di capacità tecnica; comunque anche sui requisiti economici c'è ampia discrezionalità e la individuazione di tali requisiti era giustificata dalle esigenze della A. e comunque i requisiti potevano essere raggiunti in forma aggregata.

La appellata Lamper costituendosi in giudizio ha riproposto le censure non esaminate:

-violazione dell'art. [23 comma 16](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#) per la mancata indicazione separata dei costi della manodopera e mancata indicazione del personale distinti per i due lotti;

-violazione dell'art. [83](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#); dei principi di massima partecipazione e di proporzionalità e ragionevolezza, difetto di motivazione in relazione alla previsione del fatturato globale e specifico eccessivi;

- violazione dell'art. [83](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#); dei principi di massima partecipazione e di proporzionalità e ragionevolezza, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, sviamento per l'affidamento di servizi disomogenei, in quanto oltre alla pulizia e alla sanificazione sarebbe richiesto un servizio di portierato, con la previsione della prestazione di apertura e chiusura delle strutture.

Alla camera di consiglio del 15 novembre 2018 è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito del giudizio.

Con la memoria depositata in vista dell'udienza pubblica la Azienda sanitaria ha insistito per l'accoglimento dei motivi di appello e ha replicato sulle censure riproposte in appello, deducendo che:

-per l'individuazione del valore dell'appalto è stato fatto riferimento all'indicazione del canone annuo determinata in base ad applicativo ANAC e che il numero degli addetti per singolo lotto è stato specificato con un chiarimento;

-i requisiti economico finanziari e tecnici rientrano nella discrezionalità della stazione appaltante

-l'apertura e chiusura delle strutture è una prestazione meramente complementare al servizio di pulizia e non costituisce un servizio di portierato.

All'udienza pubblica del 21 febbraio 2019 il presente è stato trattenuto in decisione.

L'appello è infondato.

Con il bando di gara impugnato in primo grado la A.N. ha indetto una procedura aperta da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione ambientale di tutti i presidi, strutture ed uffici aziendali, di durata triennale, per l'importo complessivo di Euro 42.439.356,00 oltre IVA, suddivisa in due lotti.

In base al punto 9 del bando di gara, i due lotti risultano dal bando di gara così distinti:

lotto 1- servizio di pulizia e sanificazione Ospedali, RSA Cardito, strutture isola di Procida, importo complessivo triennale di Euro 29.681.856 più IVA;

lotto 2- servizio di pulizia e sanificazione Area territoriale -strutture isola di Ischia, importo complessivo triennale di Euro 12.757.500 più IVA.

Nel disciplinare di gara (art. 7.2) in relazione a tale complessivo valore dei lotti, sono stati previsti come requisiti di capacità economica finanziaria: per il lotto 1, un fatturato globale minimo triennale pari a Euro 29.681.856 IVA esclusa, un fatturato specifico triennale pari a Euro 14.840.928 IVA esclusa; per il lotto 2, un fatturato globale minimo triennale pari a Euro 12.757.500 IVA esclusa, un fatturato specifico triennale pari a Euro 6.378.750 IVA esclusa; all'art. 7.1 è stata prevista la iscrizione al Registro delle imprese o Albo provinciale delle imprese artigiane ai sensi della [L. 25 gennaio 1994, n. 82](#) e del [D.M. 7 luglio 1997, n. 274](#) nella fascia "L" per entrambi i lotti.

L'allegato "A" al capitolato speciale indicava le sedi facenti capo all'Azienda in cui doveva essere effettuato il servizio di pulizia distinte per il lotto 1 (strutture ospedaliere della Azienda site in F., G., P., H. di C., R. e P. di C., ospedale veterinario di Marano, tutte le strutture dell'isola di Procida, compreso il presidio ospedaliero per una superficie complessiva di 128.064 metri quadri) e per il lotto 2 (tutte le altre strutture sanitarie e adibite a uffici della Azienda e tutte le strutture della isola di Ischia, compresi i presidi ospedalieri dell'isola, per una superficie complessiva di 125,747 metri quadri).

Ai sensi dell'art. [51](#) del [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#) " nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 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".

In base all'art. 83 i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica e finanziaria, le capacità tecniche e professionali "sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".

L'art. [30](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#), prevede, altresì, che i criteri di partecipazione alle gare debbano essere tali "da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese".

Sulla base di tale disciplina normativa, la giurisprudenza ha affermato che se sussiste la discrezionalità dell'Amministrazione nella fissazione dei requisiti di partecipazione (cfr. di recente Consiglio di Stato Sez.

V, 17 gennaio 2018, n. 279), tale potere discrezionale deve essere esercitato con riguardo all'applicazione del principio di massima partecipazione e al favor legislativo per le piccole e medie imprese (Sez. V 26 giugno 2017, n. 3110).

Con particolare riferimento alla interpretazione e all'applicazione dell'art. 51 del codice degli appalti e alla verifica del corretto esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante circa il bilanciamento tra le esigenze organizzative della stessa e la tutela delle piccole e medie imprese, oggetto delle norma citata, la Sezione ha affermato che in materia di appalti pubblici costituisce 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. 18 aprile 2016, n. 50](#), non costituisce una regola inderogabile, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono però essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 gennaio 2018, n. 1138), la cui violazione si verifica in caso di previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui (Consiglio di Stato, Sez. III n. 26 settembre 2018, n. 5534).

Il principio della suddivisione in lotti può, dunque, essere derogato, ma attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. altresì Consiglio di Stato Sez. V, Sent., 3 aprile 2018, n. 2044).

Inoltre, come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1038 del 6 marzo 2017; 3 aprile 2018, n. 2044).

Applicando tali principi giurisprudenziali al caso di specie, in primo luogo, risulta evidente dagli atti di gara depositati in giudizio che la stazione appaltante non ha fornito negli atti di gara alcuna motivazione circa la scelta di suddividere in due soli lotti un appalto per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di tutte le sedi della A..

Tale evidente difetto di motivazione è stato, dunque, correttamente rilevato dal giudice di primo grado che ha altrettanto correttamente ritenuto inammissibile l'integrazione postuma fornita dalla difesa della A. in giudizio.

Sotto tale profilo di carenza motivazionale, neppure si può ritenere, come sostenuto dalla difesa appellante, che la motivazione circa il corretto esercizio del potere discrezionale sia stata manifestata dalla A. nella stessa strutturazione dei lotti, deducendo che questi sarebbero stati distinti comprendendo omogenee strutture sanitarie (lotto 1 per le strutture ospedaliere o assimilabili e lotto 2 per le altre strutture), con la assegnazione delle sedi delle isole di Ischia e Procida con una isola per ogni lotto e con una omogeneità in termini quantitativi di superficie complessiva da pulire tra i due lotti (128 mila metri quadri circa per il lotto 1 e quasi 126 mila per il lotto 2). Secondo la difesa appellante tale suddivisione dei lotti renderebbe evidente la motivazione in relazione alla funzionalità dei lotti alle esigenze organizzative della Azienda sanitaria.

Tale ricostruzione non può essere condivisa.

Oltre a trattarsi di un ulteriore sforzo di integrazione della motivazione in giudizio, inidonea, per costante giurisprudenza (da ultimo Consiglio di Stato, III 30 gennaio 2019, n. 760), a sanare il vizio del provvedimento, deve anche evidenziarsi come le medesime circostanze di fatto che la difesa appellante deduce giustificerebbero la scelta operata dalla A. (competenza della A. su un territorio di 35 Comuni, in un'area densamente popolata, comprese due isole; diversità delle strutture comprese nell'appalto, ospedaliere e non), in mancanza della esplicitazione motivazionale di una tale scelta, avrebbero potuto condurre a scelte differenti e opposte rispetto alla individuazione dei lotti. Infatti per soddisfare le medesime esigenze, solo a fini meramente esemplificativi, i lotti avrebbero potuto essere individuati anche con l'accorpamento delle strutture delle due isole o delle isole e dei comuni costieri, o con l'accorpamento di tutte le strutture di un singolo Comune o di più Comuni limitrofi, o con la distinzioni per singoli ospedali o con l'accorpamento di un solo ospedale con le strutture più vicine, o con l'accorpamento di due o più ospedali o l'accorpamento di più strutture per Comuni.

E' evidente, quindi, che la scelta, pur discrezionale della A., nel caso, di specie, per come è stata effettuata, e, in mancanza della motivazione nel bando di gara, appare del tutto sfornita di motivazione, potendo la scelta della A. esplicarsi in molteplici varianti tutte suscettibili di soddisfare le esigenze di organizzazione

del servizio. Né la giustificazione dei due lotti può derivare dalla omogeneità quantitativa delle superfici complessive da pulire per i due lotti, potendo i lotti essere individuati in un numero differente e maggiore anche con il rispetto di tale profili di omogeneità quantitativa.

Ne deriva che, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa appellante, in alcun modo la mancanza di motivazione può essere superata dalla individuazione dei lotti così come è stata realizzata, non essendo possibile nel caso di specie, comprendere le effettive esigenze che hanno determinato la scelta della stazione appaltante.

Deve dunque essere condivisa la sentenza impugnata anche nella parte relativa alla inammissibilità della integrazione in giudizio della motivazione, in relazione agli argomenti difensivi dedotti con la memoria di primo grado, essendo stati con tali argomenti apportati elementi, relativi all'ampiezza territoriale della A.N. derivante dall'accorpamento delle precedenti A., nonché alla diversità delle strutture oggetto dei due lotti, e alla necessità di semplificare la gestione dei contratti, che non risultavano - dagli atti di gara- ex ante posti a base dell'esercizio del potere discrezionale della Azienda.

Sotto tale profilo, il Collegio, infatti, non ritiene di doversi discostare dall'orientamento espresso da questo Consiglio (richiamato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 58 del 17 marzo 2017) secondo cui la motivazione del provvedimento costituisce il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, per questo, un presidio di legalità sostanziale, per cui il divieto di integrazione postuma della motivazione può essere attenuato, ai sensi dell'art. [21 octies](#) della [L. n. 241 del 1990](#), nelle sole ipotesi in cui le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili ovvero si tratti di attività vincolata (Consiglio di Stato IV, 29 marzo 2018, n. 1988; Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5892).

Si deve, inoltre, sotto tale profilo, considerare che la scelta implicitamente effettuata dalla A. con la suddivisione in due soli lotti risulta all'evidenza in contrasto con le prescrizioni dell'art. [51](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#) il quale esprime, pur non rendendola in assoluto vincolante per la stazione appaltante, un principio di preferenza per la suddivisione in lotti che consentano la partecipazione di piccole e medie imprese, e che quindi richiedeva una specifica motivazione.

In ogni caso, anche a ritenere, secondo quanto sostenuto dalla difesa appellante, che la motivazione potesse ricavarsi dagli atti di gara, proprio le circostanze dedotte dalla difesa ricorrente relative all'ampiezza geografica e di popolazione dell'area di competenza della A.N., rendono la scelta della A. ingiustificata sotto i profili della logicità e ragionevolezza rispetto alla possibilità di consentire la partecipazione delle piccole e medie imprese, comunque favorita dalla disciplina normativa.

Si deve, infatti, considerare la specifica natura del servizio di pulizia, spesso svolto da piccole imprese proprio in relazione alla dislocazione territoriale dei luoghi individuati nella lex di gara, con un servizio da svolgere in complessive 79 sedi per i due lotti (secondo quanto risulta negli allegati al capitolato), nel territorio di 35 Comuni, comprensivi di due isole di cui una anche con più Comuni, con la conseguente necessità di una rilevante capacità di mezzi e di personale.

La violazione del principio di partecipazione delle piccole e medie imprese alla gara è anche confermata dalla richiesta iscrizione nella fascia massima "L" ai sensi del [D.M. 7 luglio 1997, n. 274](#) "Regolamento di attuazione degli articoli [1](#) e [4](#) della [L. 25 gennaio 1994, n. 82](#), per la disciplina delle attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione", che all'art. 3 prevede dieci "Fasce di classificazione" con una specifica graduazione.

Quanto alle argomentazioni difensive relative alla possibilità di partecipare in forma aggregata, ritiene il Collegio di richiamare l'orientamento di questo Consiglio riaffermato anche di recente dalla Sezione, per cui la possibilità di partecipazione delle imprese di minori dimensioni deve essere "effettiva" e non ipotetica, ovvero subordinata a condizioni ulteriori, come la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo, anche in ragione del fatto che tale evenienza non dipende solo dall'esclusiva volontà del singolo operatore, ma anche della concorde decisione di altre imprese di costituire un'associazione temporanea; inoltre è del tutto coerente con la natura delle condizioni dell'azione, quali la legittimazione e l'interesse ad agire in giudizio, che la relativa verifica sia svolta con riferimento alla posizione individuale del singolo soggetto, titolare uti singulus del diritto d'azione in giudizio ex [art. 24 della Costituzione](#) (Consiglio di Stato III, 4 febbraio 2019, n. 861; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1038 del 6 marzo 2017).

Con ulteriore motivo si sostiene la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in quanto il giudice di primo grado avrebbe fatto riferimento all'eccesso di requisiti di capacità tecnica, mentre la censura del ricorso di primo grado era relativa solo ai requisiti economici.

Tale motivo è infondato avendo la sentenza di primo grado, sul piano motivazionale, inserito un mero riferimento anche ai requisiti anche tecnico- organizzativi nell'ambito dell'esame della censura relativa alla violazione degli artt. [51](#) e [83](#) del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#), per il difetto di motivazione e la irragionevolezza della suddivisione in due soli lotti; il riferimento è stato quindi operato solo ai fini di specificare la conseguenza della irragionevole suddivisione in due soli lotti, senza alcuna ampliamento della censura proposta dal ricorrente in primo grado.

In conclusione l'appello è infondato e deve essere respinto con la conferma della sentenza impugnata e annullamento degli atti impugnati in primo grado.

L'infondatezza dei motivi di appello comporta il mancato esame dei motivi assorbiti in primo grado e riproposti in appello essendo l'annullamento del bando di gara integralmente soddisfacente dell'interesse fatto valere dalla parte ricorrente.

La particolarità delle questioni giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza di primo grado.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore