

Pubblicato il 13/11/2017

N. 05224/2017REG.PROV.COLL.

N. 09328/2016 REG.RIC.



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 9328 del 2016, proposto da:
Intercent - Er Agenzia Regionale Per Lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Lolli, Aristide Police, con domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

contro

S.G.S - Società Gestione Servizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile, Adriano Cavina, con domicilio eletto presso lo studio Domenico Gentile in Roma, via Orsini, 19;

nei confronti di

Meranese Servizi Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via

Antonio

Bertoloni

N.

26/B;

Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del TAR Emilia-Romagna, sede di Bologna - sez. II, n. 883/2016, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di pulizia igiene ambientale e altri servizi per aziende sanitarie;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sgs - Società Gestione Servizi Srl e di Meranese Servizi Spa e di Autorità Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2017 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Filippo Degni su delega di Aristide Police, Domenico Gentile, Massimiliano Brugnoletti e l'Avvocato dello Stato Mario Antonio Scino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il presente gravame l'Agenda Regionale Intercent-ER impugna la sentenza con cui il Tar Bologna, previa la loro riunione:

a) ha accolto il ricorso della SGS - Società Gestione Servizi s.r.l., ed ha annullato il bando

pubblicato della gara diretta alla stipula di una convenzione quadro ai sensi dell'art. 21 L.R. 24 maggio 2004 n.11 per l'affidamento del servizio di pulizia, igiene ambientale e altri servizi per le Aziende Sanitarie USL di Imola Parma e Piacenza, l'Azienda Ospedaliera di Parma e di Modena e Istituto Ortopedico Rizzoli;

b) ha dichiarato improcedibile un secondo ricorso con cui, la Meranese Servizi S.p.a. ha chiesto l'annullamento dei medesimi atti.

La decisione è fondata sulla violazione della disciplina sui contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in violazione dell'art. 216, comma 1 del medesimo, ed in conseguenza per l'illegittimità della gara, nella quale la mancata suddivisione in lotti "funzionali" avrebbe impedito l'accesso alla gara delle piccole e medie imprese.

L'appellante Intercenter contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado lamentando l'erroneità delle conclusioni della sentenza.

Con le rispettive memorie ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., si sono costituiti in giudizio all'appello sia la S.G.S e sia la Meranese Servizi, riproponendo i motivi dichiarati assorbiti (S.G.S) o non esaminati (Meranese Servizi) in primo grado.

Con ordinanza cautelare n. 338 del 27 gennaio 2017, la Sezione ha accolto la richiesta di sospensione cautelare della sentenza ma ha sottolineato, oltre all'erroneità dell'individuazione della disciplina pro tempore ritenuta applicabile dal Tar, anche la non manifesta infondatezza di alcune censure dedotte dalle società ricorrenti in primo grado.

La Sezione, con sentenza parziale n.2549 del 29 maggio 2017:

a) ha accolto in parte l'appello di Intercent, sull'assunto per cui il momento della pubblicazione sulla G.U.C.E. -- sia nel vecchio che nel nuovo codice -- è l'unico rilevante sia per la validità della pubblicazione per gli appalti sopra soglia e sia ai fini della definizione dei criteri di partecipazione e di aggiudicazione della gara;

b) per altra parte ha ritenuto necessario, preliminarmente all'esame dei motivi di primo grado delle società, sollevare il contraddittorio su due aspetti problematici, non trattati dalle parti:

-- il primo è relativo alla questione se, una volta annullata la sentenza in appello, i due gravami originari possano, o meno, essere decisi in questa sede ovvero debbano essere rinviati al primo grado in applicazione dell'art. 105 c.p.a.;

-- il secondo aspetto concerne la successiva eventuale questione una volta che i ricorsi delle società abbiano ripreso la loro autonomia questi possano essere decisi unitariamente ovvero debbano essere esaminati separatamente, l'uno dall'altro, nel presente giudizio di appello;

c) ha, altresì, disposto istruttoria per accertare quale fosse lo stato della procedura di gara oggetto di controversia.

Al quest'ultimo riguardo Intercent ha specificato che, alla data 15 giugno 2017, lo scrutinio delle offerte tecniche era in corso.

Quanto ai due aspetti sub lett. b), con le proprie memorie e relative repliche, le parti hanno concordemente richiamato quanto al primo profilo, il principio devolutivo dell'appello ed, in ordine al secondo, la preferenza per una decisione congiunta in appello di tutte le questioni. Nel merito, hanno ribadito le proprie tesi ed insistito nelle rispettive conclusioni.

Chiamata all'udienza di discussione, i difensori delle ricorrenti, tra l'altro, hanno insistito nelle proprie tesi e ricordato che per tutti i lotti della gara avrebbero partecipato solo 14 concorrenti: mentre il difensore dell'appellante ha sottolineato la legittimità del bando.

Il gravame è stato conseguentemente ritenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1.§. In primo luogo il Collegio concorda con le parti che, nella specie, non sussistono i presupposti per la rimessione della causa al giudice di primo grado.

Nella vicenda processuale in esame non si è infatti verificata alcuna violazione del contraddittorio sostanziale sui motivi assorbiti o non esaminati sui quali tutte le parti hanno potuto ampiamente dedurre, e replicare su tutte le tesi avversarie.

Come esattamente ricordato dalla Difesa di S.G.S., l'assorbimento dei motivi è comunque esso stesso un esito del giudizio che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., comporta solamente l'onere di una tempestiva riproposizione in caso di appello. Cosa che, nella specie, è ritualmente avvenuta.

Infine, essendo evidente la connessione oggettiva e parzialmente soggettiva di entrambi i gravami, si può procedere alla congiunta complessiva decisione di tutte le questioni introdotte.

2.§. Per ragioni di economia espositiva tutti i profili di gravame possono essere esaminati congiuntamente.

2.§.1. Con l'unico motivo di ricorso, non esaminato dal Tar e riproposto nella memoria di costituzione in data 27 dicembre 2016, la S.G.S. assume l'illegittimità del bando di Intercenter per la mancata suddivisione dell'appalto in lotti "funzionali e/o prestazionali". Le attività oggetto dell'affidamento, essendo di importi spropositati, non avevano permesso di partecipare alla Società che, nel periodo indicato dal bando, aveva un fatturato complessivo variabile tra i € 3.532.927 ed i € 4.373.383, di cui la metà circa per le attività di sanificazione.

La gara centralizzata, caratterizzata dall'elevato valore economico di ciascun lotto richiede una capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa evidentemente non compatibile con quella delle imprese di più ridotte dimensioni e violerebbe le regole e gli obiettivi del legislatore europeo in favore delle PMI, recepite anche dal nuovo codice.

Intercenter ha suddiviso l'appalto in lotti su base macro-territoriale accorpando diverse aziende e presidi ospedalieri in violazione dell'obbligo stringente di prevedere una ripartizione dei lotti secondo criteri "funzionali o prestazionali", comunque idonei ad aprire il mercato alle PMI così come stabilito dall'art. 51, comma 1 (che recepisce l'articolo 46 della direttiva n. 24/2014) e

dall'articolo 3, lett. qq) del d.lgs. n.50/2016 e i quali sarebbero entrati in vigore fin dal 19 aprile 2016.

Di qui l'illegittimità di un bando i cui lotti, oscillando tra i 20 milioni di euro e di 40 milioni di euro, non sarebbero adeguati alla predetta normativa ed altresì violerebbero il criterio geografico coincidente con l'ambito territoriale di competenza delle singole Asl, accorpando servizi da eseguirsi su immobili posti a notevole distanza.

Nella memoria per l'udienza, la S.G.S. richiama altresì l'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 e sottolinea comunque che il legislatore, con il d.l. n. 201/2011 ed il d.l. n. 95/2012, aveva posto l'obbligo di garantire la massima partecipazione alle piccole e medie imprese.

Con l'illegittima richiesta, quale requisito di partecipazione, della fascia di classificazione "L" e con la richiesta di contratti analoghi nel triennio per un valore pari € 38 milioni di euro, si sarebbe impedita la partecipazione alla gara alla S.G.S ed alle altre piccole e medie imprese.

2.§.2. A sua volta, con la propria memoria di costituzione, ai sensi dell'articolo 101 c.p.a la Meranese Servizi S.p.A. ripropone le sue censure non esaminate in primo grado.

2.§.3. L'impostazione complessiva degli atti della gara in questione avrebbe violato l'articolo 42 del d.lgs. n. 163/2006 ed i principi di concorrenza e di massima partecipazione. In corrispondenza della strutturazione di lotti di valore molto elevato, il bando richiedeva ai concorrenti il possesso di un fatturato "specifico", cioè esattamente coincidente con l'oggetto dell'appalto per servizi specifici di pulizie presso strutture sanitarie, mentre il codice consentiva la richiesta di servizi "*nel settore*" oggetto della gara.

La giurisprudenza aveva sanzionato l'illegittimità della richiesta di "requisiti identici" in quanto, di per se, suscettibile di creare situazioni di monopolio o oligopolio e di restringimento della concorrenza.

Per partecipare al procedimento di accordo-quadro in questione, assommante ad un valore

complessivo di € 114.950.000, occorre aver eseguito almeno due servizi per un valore complessivo di 34.485.000 nel solo settore sanitario.

Solo poche grandi imprese possono avere requisiti del genere, dato che le imprese operanti con fatturato superiore ad 1 milione sono circa 5000 e di queste solo 28 sono operatori economici di grandi dimensioni (11 dei quali con fatturato superiore ai 100 milioni; e 17 con un fatturato oscillante fra i 50 ed i 100 milioni di euro), mentre 129 sono le imprese di medie dimensioni con un fatturato fra i 10 ed i 50 milioni.

Inoltre l'assetto dei lotti proposto sarebbe nella realtà assolutamente privo di una idonea motivazione.

La richiesta di un fatturato identico violerebbe l'art. 2 bis del d.lgs. n. 163/2006 (nella parte modificato dal d.l. n.95/20129), dato che solo 11 sono le grandi imprese in grado di partecipare alla gara. Inoltre la prescrizione non terrebbe conto della clausola sociale per cui tutto il personale attualmente impiegato dovrà essere riassunto dal nuovo gestore,

La richiesta ai partecipanti a tutti i lotti di € 34.485.000 per servizi sanitari sarebbe stata pari al triplo del valore dei singoli lotti in violazione del cardine della giurisprudenza per cui la gara con lotti non è qualificabile come unica ma si articola in tante sezioni distinte ed autonome quanti sono i lotti di aggiudicazione.

2.§.2.2. Con il secondo motivo la Meranese Servizi deduce l'illegittimità e la carente motivazione della decisione di ripartire la gara in soli tre lotti, per violazione dell'articolo 2 bis e art. 6, comma 5 del cit. n. 163/2006 che, nell'affidare all'ANAC le funzioni di vigilanza, impone il “ *rispetto dei principi di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali?*”.

2.§.3. Tutti gli assunti che precedono meritano adesione nei sensi, e nei limiti, che seguono.

2.§.3.1. Come specificato dalla sentenza parziale intervenuta inter partes n. 2549/2017 di questa

Sezione, la presente procedura resta disciplinata dalle disposizioni dell'abrogato d.lgs. n. 163/2016.

Al riguardo si osserva che appaiono meritevoli di favorevole considerazione, nei sensi e nei limiti che seguono, sia la censura della S.G.S. e sia gli analoghi profili della Meranese Servizi con cui – sia pure con un riferimento normativo errato, si deduce l'illegittimità della mancata suddivisione della gara in adeguati lotti “funzionali e/o prestazionali”;

Non convince invece il motivo con cui Meranese Servizi lamenta, altresì, anche l'illegittimità delle previsioni concernenti il fatturato specifico per i servizi sanitari.

2.§.3.2. La tendenziale preferenza per una ragionevole divisione in lotti era uno dei cardini del documento di indirizzo delle politiche dell'Unione europea denominate “Small Business Act (SBA)”. Il predetto principio, diretto al fine di facilitare l'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte delle piccole e medie imprese, è stato recepito dal legislatore nazionale rispettivamente:

-- prima con l'art. 13 della L. 11 novembre 2011, n. 180 “Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese” (peraltro oggi abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. v-bis), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e s.m.i.);

-- poi con l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 (introdotto con l'art. 44, comma 7, legge n. 214 del 2011, ed ancora modificato dall'art. 1, comma 2, legge n. 135 del 2012, ed ancora dall'art. 26-bis, comma 1, legge n. 98 del 2013),

Il predetto comma 1-bis prevedeva 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...*”, e specificava altresì:

-- da un lato, che “... *nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti...*”, e

-- dall'altro, che "*... i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese*".

Tali concetti del resto sono stati posti alla base dell'impostazione complessiva anche dalla direttiva 2014/24/UE la quale: -- al "Considerando (2)" pone il sostegno delle PMI tra i cardini informativi dell'attuazione della strategia "Europa 2020"; -- all'art. 46 introduce disposizioni del tutto identiche a quelle in precedenza già introdotte nel nostro ordinamento.

Ciò premesso, in linea generale, si deve osservare come la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce dunque una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di "par condicio", di non-discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. (cfr.: Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014 n. 4669; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331).

A corollario dell'effettività della regola generale, è quindi stata posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione delle ragioni circa la divisione dei lotti proprio perché il precetto è in funzione della tutela della concorrenza, ed a tale situazione deve essere equiparata la previsione di lotti di importo spropositato e riferiti ad ambiti territorialmente incongrui.

2.§.3.3. Nel caso in esame la suddivisione in lotti di un appalto pubblico è dunque illegittima per la duplice violazione del principio della libera concorrenza sia in senso oggettivo che in senso soggettivo.

Quanto al profilo oggettivo non si ravvisano reali ragioni che possano giustificare la divisione in lotti nella misura stabilita dal bando in esame.

Nel caso non appaiono per nulla evidenti le ragioni per cui i lotti sono stati individuati come segue:

-- lotto 1) del valore di 46.250.000 per i servizi di pulizia presso la USL di Piacenza e l'azienda ospedaliera di Modena;

-- lotto 2) del valore di 24.300.000 per la USL di Imola e l'Istituto ortopedico Rizzoli;

-- lotto 3) del valore di 44.400.000 per i servizi presso la USL Parma e l'Azienda Ospedaliera di Parma.

A tale riguardo non sono state opposte reali e convincenti ragioni per un tale singolare accorpamento che la Difesa dell'Agenzia genericamente ancora a ragioni di "perseguimento degli interessi rilevanti per la collettività" ovvero al fatto che gli enti interessati fossero stati amministrativamente ricompresi nell' "Area Vasta Emilia Nord".

Al riguardo appare del tutto singolare la giustificazione per cui il "soggetto aggregatore" deve "aggregare" gli appalti e non disgregarli, dato che la missione di Intercent è di aggregare la "domanda", in senso macroeconomico, dei servizi da appaltare, e non di accorpare gli stessi per un unico esperimento.

Né per contro appare convincente il richiamo di Intercent a d una non meglio specificata "convenienza" dell'articolazione adottata, per la fondamentale ragione che gli appalti di pulizia sono caratterizzati da una struttura rigida dell'offerta dei concorrenti negli appalti di pulizie connessa al peso assolutamente prevalente del costo del personale, che non consente grandi economie di scala.

Dalla suddivisione dei lotti in questione emerge con chiarezza l'intento dell'Agenzia Regionale di coinvolgere il minor numero possibile di concorrenti con l'evidente finalità di facilitare

l'espletamento della gara ed evitare la notoria proliferazione del contenzioso.

Al riguardo il Collegio non ignora le difficoltà di gestione di questa tipologia di procedimenti, causate dall'abnorme numero di partecipanti alle gare e da un tasso di litigiosità tale che qualche stazione appaltante è addirittura ricorsa, illegittimamente, al sorteggio come normale criterio di aggiudicazione.

Tuttavia l'esperienza storica di questi ultimi anni ha dato modo di constatare, sotto vari profili, che il ricorso ai maxi lotti per gli appalti di pulizie si è rivelato un rimedio forse peggio del male per la piaga dei ribassi talvolta molto incidenti sui margini operativi delle imprese.

Sotto il profilo del buon andamento e dell'efficienza dei servizi prestati, i grandi contratti hanno visto, nell'esperienza del recente passato, il ripetersi di situazioni incidenti negativamente sull'esecuzione in quanto la stessa complessità organizzativa delle prestazioni diffuse in un gran numero di immobili, comporta un naturale "allungamento della catena di comando" nella gestione dell'esecuzione dell'appalto. Non sono nemmeno mancati poi i casi nei quali l'affidatario del contratto era indotto a ripartire comunque le prestazioni tra un grande numero di subappaltatori (talvolta anche al di là dei limiti consentiti) con conseguenti gravi disservizi, proteste degli utenti e risoluzioni per grave negligenza nell'esecuzione contrattuale (a loro volta generatrici di ulteriore contenzioso in sede civile).

Inoltre, i grandi appalti sono facilmente permeabili a tentativi di corruzione diretti a determinare gli esiti delle gare, con la creazione di "cartelli" e "sinergie" tra concorrenti o peggio ad infiltrazioni di imprese mafiose vere e proprie.

Ed anche al di fuori di questi casi patologici, la partecipazione di poche grandi imprese comporta talvolta il rischio naturale di comportamenti compiacenti o anche solo di un eccessivo "fair play" tra i diversi concorrenti.

Per quanto invece concerne la violazione del principio di concorrenza in senso soggettivo si deve concordare con le imprese ricorrenti in primo grado quando affermano che, a causa della

creazione di lotti sovradimensionati, si introducono ingiustificate preclusioni alla partecipazione alle gare da parte delle PMI del settore delle pulizie.

A tal proposito si deve ricordare che il D.M. 7 luglio 1997, n. 274 “Regolamento di attuazione degli articoli 1 e 4 della legge 25 gennaio 1994, n. 82”, all’art. 3 prevede dieci “Fasce di classificazione” cioè una specifica graduazione posta *“ai fini della partecipazione secondo la normativa comunitaria alle procedure di affidamento dei servizi di cui all’articolo 1 della legge 25 gennaio 1994, n. 82 , sono iscritte, a domanda, nel registro delle imprese o nell’albo delle imprese artigiane..”*.

In conseguenza per la distinzione tra le piccole e le medie imprese di pulizia deve farsi riferimento alle predette diecifasce di classificazione.

Per questo, in ragione della specialità della predetta classificazione, appare irrilevante in questi ambiti, il D.M. 18 aprile 2005 invocato da Intercent, concernente i criteri di individuazione di piccole e medie imprese in generale.

L’articolazione dei futuri contratti in un arco oscillante tra i 24 milioni di euro ed i 46 milioni di euro non rispettava l’obbligo di una suddivisione per ambiti “funzionali e/o prestazionali” dato che tutti i lotti si collocavano nella Classe massima di qualificazione “lett. I.” pari a € 8. 263 310.000”.

In tale direzione emerge, con tutta evidenza, oltre all’obiettivo eccessiva consistenza del lotto 3° del valore di 44.400.000, il fatto che il predetto lotto ricomprende due soggetti differenti e di grandi dimensioni come l’USL e l’Azienda Ospedaliera di Parma, per cui non può certo qualificarsi come lotto “funzionale”, come confermato dal fatto che sono state presentate solo sette offerte.

Per la restante parte il bando non comprendeva lotti “territorialmente coerenti” essendo anche a tal proposito evidente l’irragionevolezza e l’illogicità di una ripartizione territorialmente disarticolata di due lotti non omogenei.

Il lotto 1) del valore di € 46.250.000 concerne servizi di pulizia presso la USL di Piacenza e l'Azienda Ospedaliera di Modena distanti ben 120 km ca., e non a caso ha visto la presentazione di solo otto offerte.

Anche il lotto 2) del valore di € 24.300.000 concernente l'USL di Imola e l'Istituto ortopedico Rizzoli non appare affatto funzionale considerando la distanza di 46 km ca. .E se su tale lotto sono state presentate dodici proposte, ciò è dovuto esclusivamente al suo minore importo relativo.

In conseguenza, dell'indebita aggregazione di maxi-lotti -- quantitativamente ridondanti e territorialmente disarticolati -- è evidente che, al di là di ogni cosa, si finiva di fatto per escludere dalla gara una grande parte dei possibili *players*.

In definitiva sul punto l'eccessiva dimensione economica ed operativa dei singoli lotti integra dunque una violazione sia del art. 2 bis del d.lgs. n. 163/2006 in base al quale le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali; e sia dell'art. 6, comma 5 del cit. n. 163/2006 che pone il principi della tutela delle piccole medie imprese attraverso un'adeguata suddivisione degli affidamenti in "lotti funzionali".

2.§.3.4. Ad una differente conclusione deve giungersi a proposito della lamentata eccessiva richiesta di fatturati c.d. qualitativi, cioè relativi ai servizi espletati in ambito esclusivamente sanitario.

Certamente se, nel caso in esame, l'alto valore dei maxi-lotti aveva comunque operato un trascinamento verso l'alto anche del fatturato qualitativo, non è esatto in punto di fatto che questi fossero coincidenti con l'oggetto dell'appalto per servizi specifici di pulizie presso strutture sanitarie, dato che qui i singoli requisiti di capacità tecnica richiesti ai concorrenti ammontavano rispettivamente: per il Lotto 1 a € 13.875.000; per il Lotto 2 a € 7.290.000; per il Lotto 3 a € 13.320.000 (cfr. punto III.2.2.). Per cui, a fronte di un valore complessivo a base di

gara pari a € 114.950.000 (per anni 5), erano richiesti complessivamente € 34.485.000.

Non si ravvia al riguardo alcuna specifica violazione dell'art. 42 dell'abrogato d.lgs. n. 163 – *ratione temporis* in vigore -- per cui:

“Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti *può* essere fornita in uno o più dei seguenti modi, *a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi...*”, senza altre specificazioni.

In sostanza, sia pure con tutti i limiti sopra ricordati, sotto il vecchio ordinamento, la fissazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria costituiva l'esplicazione di un potere discrezionale della stazione appaltante da esercitarsi in funzione alle differenti situazioni.

In conseguenza legittimamente, qualora per la natura delle prestazioni sia necessaria una specifica ed ineludibile esperienza diretta, la stazione appaltante – nell'interesse del buon andamento dei servizi pubblici -- può far luogo alla richiesta di un fatturato specifico delle relative attività in ambito sanitario.

A tale riguardo anche il riferimento “al settore” da parte dell'appellante S.G.S., contenuto nel quarto comma dell'art. 83 del nuovo Codice dei Contratti di cui al d.lgs. n.50/2016, va interpretato con riferimento all'impostazione della qualificazione delle imprese di pulizia di cui al ricordato D.M. n. 274/1997, che per i requisiti di “capacità economica e finanziaria“ di cui alla lettera b) del comma 1 dell'art. 1 definisce diversamente i diversi settori delle attività di pulizia distinguendo:

-- le pulizie in senso lato, cioè il complesso di procedimenti e operazioni atti a rimuovere polveri, materiale non desiderato o sporczia da superfici, oggetti, ambienti confinati ed aree di pertinenza (lett. a);

-- le “disinfezioni”, cioè il complesso dei procedimenti e operazioni atti a rendere sani determinati ambienti confinati e aree di pertinenza mediante la distruzione o inattivazione di

microrganismi patogeni (lett. b);

-- le “disinfestazioni” da artropodi, parassiti, agenti infettivi ecc. (lett. c);

-- le “derattizzazione” da ratti o topi (lett. d)

-- le “sanificazioni”, cioè la pulizia e/o la disinfezione e/o la disinfestazione ecc. (lett. e).

Come si vede si tratta di settori di attività tra loro differenti per finalità, competenze, attrezzature, modalità esecutive e standard di qualità. In tale prospettazione dunque ben può essere richiesto un fatturato minimo relativo allo specifico contrattuale.

Per tale parte il motivo va dunque respinto.

2.§.4. In definitiva, sulla base dalla disciplina *ratione temporis* in vigore (ma anche a quella successiva), il presente bando di gara, in quanto frazionato in lotti di dimensioni economiche spropositate e spazialmente incongrue, costituisce una manifesta distorsione della concorrenza.

In conseguenza, entrambi i ricorsi di primo grado, nei predetti sensi e limiti, sono dunque fondati e devono essere accolti e, per l'effetto, il bando di gara deve esser dichiarato illegittimo e deve essere integralmente annullato, unitamente a tutti i conseguenti atti relativi alla gara d'appalto in esame.

In ogni caso, in relazione alla manifesta soccombenza reciproca, le spese di entrambi i gradi del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1.) accoglie i ricorsi di primo grado di entrambe le appellanti, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto, in riforma della decisione di primo grado, annulla integralmente il bando e tutti i conseguenti atti della gara d'appalto di cui in epigrafe;

2) Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE

Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO