

La regola della suddivisione in lotti funzionali o prestazionali dell'appalto, di cui all'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016, è espressione dei principi comunitari di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 18-5-2017

1. La regola generale della suddivisione in lotti, contenuta nell'art. 51 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, risponde ai principi comunitari, esplicitati all'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, del *favor participationis* alle procedure d'appalto da parte delle micro, piccole e medie imprese, nonché di proporzionalità e di non discriminazione.
2. Nell'ipotesi in cui la stazione appaltante, a seguito di valutazione discrezionale, decida di non suddividere l'appalto in lotti, ai sensi del medesimo art. 51, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, sussiste in capo all'amministrazione stessa l'onere di motivare adeguatamente tale scelta; il sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo in merito a tale opzione è limitato al vaglio del rispetto dei canoni dell'agire amministrativo di ragionevolezza, di proporzionalità, nonché di adeguatezza dell'istruttoria^[1].
3. E' illegittima la decisione di accorpere in un unico lotto la fornitura di un bene con stringenti caratteristiche tecnico-funzionali e di prodotti aventi tutt'altre caratteristiche, rispetto ai quali esiste una più ampia offerta sul mercato.

[1] Consiglio di Stato, Sezione V, 16 marzo 2016, n. 1081; TAR Campania - Napoli, Sezione III, 1 dicembre 2016, n. 5550; TAR Lazio – Roma, Sezione II, 27 settembre 2016, n. 9952.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il tema della suddivisione in più lotti funzionali di un appalto pubblico, di cui all'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016.

Preliminarmente il TAR Lombardia si è soffermato sull'eccezione di inammissibilità sollevata

dall'amministrazione resistente, fondata sul presunto difetto di legittimazione ad agire della società ricorrente a causa della mancata partecipazione della stessa alla gara.

Secondo l'amministrazione, infatti, parte ricorrente ben avrebbe potuto partecipare alla procedura mediante la costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese o tramite avalimento.

Il TAR Lombardia ha correttamente ritenuto tale eccezione infondata, in quanto la ricorrente agiva per vedere riconosciuta l'illegittimità della disciplina contenuta nella *lex specialis* di gara che comportava di fatto la preclusione alla partecipazione individuale alla procedura dell'operatore economico.

La pronuncia si è poi soffermata sul tema della suddivisione in più lotti prestazionali, prevista quale regola generale dall'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016.

In particolare nel caso di specie la società ricorrente aveva lamentato che la stazione appaltante aveva accorpato in un unico lotto la fornitura di un bene avente stringenti caratteristiche tecnico-funzionali e di prodotti aventi tutt'altre caratteristiche rispetto ai quali esiste una più ampia offerta sul mercato.

A tal riguardo il TAR Lombardia ha sottolineato come la disposizione contenuta nell'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016 sia posta a tutela dei principi comunitari, espressamente richiamati all'art. 30, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 50/2016, tra i quali rientrano il *favor participationis*, il rispetto della libera concorrenza, la non discriminazione e la proporzionalità.

Il medesimo art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016 chiarisce, poi, che la stazione appaltante deve adeguatamente motivare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti; da ciò si desume che il legislatore ha inteso sancire quale regola generale la suddivisione dell'appalto in più lotti prestazionali, in applicazione dei principi comunitari sopra richiamati.

A tal riguardo il TAR ha precisato che il sindacato in sede giurisdizionale amministrativa sulla scelta operata dall'amministrazione circa la suddivisione o meno in lotti dell'appalto, è confinato ai limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero la ragionevolezza, la proporzionalità e l'adeguatezza dell'istruttoria.

Alla luce di quanto sopra, il TAR Lombardia ha ritenuto che nel caso in esame la decisione della stazione appaltante di non suddividere in più lotti prestazionali l'appalto pur a fronte dell'assoluta eterogeneità dei beni accorpato in un unico lotto, risultasse illogicamente e immotivatamente restrittiva della concorrenza.

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2037 del 2016, proposto da:

Roche Diagnostics S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lecco – A.S.S.T. di Lecco, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintoli e Giuseppe Lo Pinto, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Conservatorio, 22;

nei confronti di

Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Vimercate – A.S.S.T. di Vimercate e Siemens Healthcare S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

a) della deliberazione dell'A.S.S.T. di Lecco, recante indicazione della "Procedura aperta per la fornitura di materiali diagnostici e il noleggio dei relativi sistemi di laboratorio", da svolgersi in forma aggregata, con l'A.S.S.T. di Lecco in qualità di capofila e l'A.S.S.T. di Vimercate in qualità di aderente (non conosciuta);

b) del bando pubblicato in GURI, 5° serie contratti Pubblici, n. 80 del 13/07/2016 e in GU/S S131 del 09/07/2016, recante "Procedura aperta per la fornitura di materiali diagnostici e il noleggio dei relativi sistemi di laboratorio", occorrenti all'A.S.S.T. di Lecco e all'A.S.S.T. di Vimercate;

c) del Regolamento di gara;

d) del Capitolato Speciale;

e) del Capitolato Tecnico e relativi Allegati A e B;

f) delle Regole di valutazione;

g) della nota prot. 0035789/16U del 30/8/2016, con cui l'A.S.S.T. di Lecco ha riscontrato l'istanza di annullamento in autotutela inoltrata da Roche Diagnostics S.p.a. in data 05/08/2016;

h) dei chiarimenti resi dall'A.S.S.T. di Lecco;

i) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso con i precedenti, seppur non conosciuto, ivi incluso, ove esistente, il documento con cui il Dipartimento di Medicina di Laboratorio dell'A.S.S.T. di Lecco ha fissato gli obiettivi da raggiungere con la "Procedura aperta per la fornitura di materiali diagnostici e il noleggio dei relativi sistemi di laboratorio", occorrenti all'A.S.S.T. di Lecco, presso i presidi di Lecco e Merate, e all'A.S.S.T. di Vimercate.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.S.T. di Lecco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura 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 bando pubblicato in G.U.R.I. il 13/07/2016, l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (A.S.S.T.) di Lecco ha indetto una procedura aperta per la fornitura di materiali diagnostici e il noleggio dei relativi sistemi di laboratorio - occorrenti ai dipartimenti di Medicina di Laboratorio sia dell'Azienda medesima, presso i presidi ospedalieri di Lecco e Merate, che dell'A.S.S.T. di Vimercate - da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. L'Azienda di Lecco, in particolare, ha agito in qualità di Capofila, su delega conferitale per l'espletamento della gara dall'Azienda di Vimercate, e prevedendo la facoltà, per le altre Aziende Sanitarie facenti parte del Consorzio "Unione ASST: ATS Brianza-Pavia", di aderire in via postuma al contratto stipulato all'esito dell'aggiudicazione, fino a un importo massimo pari al 100% del valore dell'appalto.

3. Quest'ultimo è stato poi determinato, avendo riguardo ad un periodo contrattuale di 72 mesi, per un ammontare annuo di Euro 2.156.000,00, IVA esclusa, per un totale previsto di Euro 12.936.000,00, IVA esclusa, e un valore complessivo, in caso di effettiva adesione delle Aziende indicate nel Capitolato Speciale, di Euro 25.872.000,00, IVA esclusa.

4. La procedura, il cui termine ultimo per la presentazione delle offerte è stato in un primo

tempo fissato al 26/9/2016, è articolata in due lotti, come di seguito descritti al punto 3) del “Regolamento di gara” (doc. allegato sub n. 3 della produzione ricorrente), nonché al p.1 del Capitolato tecnico (doc. allegato sub n. 5 della produzione ricorrente):

- Lotto 1: “test di chimica clinica, proteine specifiche, immunometria”, ovvero “fornitura di materiali diagnostici e noleggio dei relativi sistemi di laboratorio per chimica clinica, proteine specifiche e immunometria per l’ASST di Lecco”;

- Lotto 2, “test di sierologia virologica e test di legge per la validazione delle sacche di sangue”, ovvero, “fornitura di materiali diagnostici e noleggio dei relativi sistemi di laboratorio per sierologia virologica e test di legge per la validazione delle schede di sangue per l’ASST di Lecco e l’ASST di Vimercate”.

5. Si legge, sempre nel Capitolato Tecnico, che lo scopo perseguito dal Dipartimento di Medicina di Laboratorio (DML) dell’Azienda di Lecco con la gara, è quello di riorganizzare la propria attività di Medicina di Laboratorio, indirizzandola verso un modello di “Hub & Spoke” (la locuzione evoca la ruota della bicicletta, e di questa il mozzo – hub – verso cui converge ciascun raggio - spoke), con attribuzione del ruolo di Hub al presidio di Lecco, e di Spoke al presidio di Merate. Nel contesto di tale progetto, quindi, il DML dovrebbe rappresentare il nodo di una rete territoriale interaziendale di medicina del lavoro, costituita con i laboratori delle AA.SS.TT. di Vimercate e Monza. Per tale via, l’Azienda mira al consolidamento in un unico sistema sia delle piattaforme analitiche (gli analizzatori) acquisite con la procedura di gara, che di quelle già presenti in laboratorio. Allo scopo, essa ha reputato necessaria l’acquisizione di un sistema di automazione “TLA” (Total Lab Automation System), necessariamente aperto, che sia, cioè, “in grado di integrare diversi tipi di piattaforme analitiche eterogenee” (i.e. risultati compatibile sia con i modelli di analizzatori già presenti presso il presidio di Lecco, indicati nel Capitolato Tecnico, che con quelli, indeterminabili a priori, offerti da parte del concorrente che risulterà aggiudicatario all’esito della procedura).

6. Ritenendo la formulazione della lex specialis pregiudizievole ai fini della propria partecipazione alla gara, con ricorso notificato tra il 12 e il 15.09.2016 e depositato il 13.09.2016 Roche Diagnostics l’ha impugnata, deducendone la illegittimità per 5 motivi.

6.1. Con il primo essa deduce la violazione e falsa applicazione dell’art. 30, commi 1, 2 e 8 e dell’art. 68, commi 4 e 6, del d.lgs. n. 50/2016; la violazione dell’art. 1 della L. n. 241/1990; la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; la violazione dei principi comunitari di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione; la violazione del principio di economicità, nonché, l’eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione delle regole della par condicio contrahentium e proporzionalità, per difetto di istruttoria e di motivazione.

6.2. Con il secondo motivo si duole della violazione sotto altro profilo dell’art. 68, commi 4 e 6, d.lgs. n. 50/2016, nonché, dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, favor participationis e proporzionalità; lamenta poi l’eccesso di potere per irrazionalità e irragionevolezza.

6.3. Con il terzo motivo si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 51 del d.lgs. 50/2016, la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; la violazione dei principi comunitari di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, nonché, l'eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta.

6.4. Con il quarto motivo l'esponente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 51 e 68, d.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, della legge n. 241/1990, la violazione dei principi comunitari di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, la violazione del principio di economicità, nonché, l'eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, sproporzione, difetto di istruttoria e di motivazione.

6.5. Con il quinto motivo, infine, si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 95, d.lgs. 50/2016, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca, irragionevolezza ed illogicità, violazione del principio di trasparenza.

7. Si è costituita l'A.S.S.T. di Lecco, controdeducendo con separata memoria e depositando documenti, fra cui la comunicazione che, con deliberazione n. 595, del 15.09.2016, è stato posticipato il termine per la presentazione delle offerte al 26/10/2016.

8. Con ordinanza n. 1267, del 4.10.2016, sul presupposto della "...sussistenza di profili di fondatezza del ricorso, in relazione alla censura con cui si lamenta l'illegittimità della lex specialis di gara, per violazione dei principi di proporzionalità, libera concorrenza e favor participationis, sottesa alla mancata suddivisione in lotti della prestazione richiesta nel "lotto 1" della procedura in esame, poiché dalla documentazione di gara (bando, capitolato speciale e capitolato tecnico), non sembra emergere, allo stato, una motivazione adeguata dell'accorpamento nel "lotto 1" della fornitura tanto del sistema di automazione "TLA" quanto della strumentazione analitica;...", è stata fissata la discussione nel merito del ricorso per l'udienza pubblica del 12 gennaio 2017.

9. In vista dell'udienza di merito l'esponente, dopo aver comunicato di non aver partecipato alla gara per nessuno dei lotti, ha ridotto il petitum all'annullamento della gara limitatamente al lotto 1, rinunciando per sopravvenuto difetto d'interesse al terzo motivo.

10. La resistente, dal canto suo, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione, poiché, non essendosi qui in presenza di clausole immediatamente escludenti, l'esponente avrebbe avuto l'onere di presentare la domanda di partecipazione, onde vantare una posizione giuridica tutelata a sostegno dell'impugnazione.

In particolare, ad avviso dell'Azienda, la società Roche Diagnostics avrebbe dovuto presentare l'offerta in relazione al Lotto 1, ricorrendo ad un R.T.I. con uno dei due operatori che, di fatto, distribuiscono il sistema di automazione richiesto dalla lex specialis.

11. All'udienza pubblica del 12 gennaio 2017, presenti le parti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

12. Preliminarmente, il Collegio reputa infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata da parte resistente facendo leva sul difetto di legittimazione della società Roche Diagnostics, a causa della sua mancata partecipazione alla gara.

12.1. L'astratta possibilità di costituire un R.T.I. o di ricorrere all'avvalimento o ad un accordo di distribuzione per acquisire un elemento di cui l'operatore economico è privo, non esclude che sia in atto una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa alla gara, con conseguente lesione diretta della sua sfera giuridica.

Detta preclusione concreta un vulnus al principio del favor participationis e, quindi, un pregiudizio sia alla sfera giuridica dell'impresa, che non può partecipare individualmente, sia alle finalità pubblicistiche poste a base della normativa in materia (cfr. da ultimo, Cons. Stato, V, 6.03.2017, n. 1038, che così spiega l'irrilevanza, ai fini della legittimazione in discorso, della possibilità di acquisire da terzi il requisito mancante: *"...la partecipazione di un operatore economico ad un raggruppamento temporaneo non dipende dall'esclusiva volontà di quest'ultimo, ma anche dalla 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 singulo del diritto d'azione in giudizio ex 24 della Costituzione"*).

13. Sempre in via preliminare, il Collegio - ai sensi dell'art. 84, u.co. c.p.a. - desume dalla rinuncia dell'esponente al terzo motivo di ricorso, unita all'affermazione circa la concentrazione dell'interesse alla partecipazione in relazione al solo lotto 1 (contenuta a pag. 1 della memoria di replica di Roche Diagnostics del 30.12.2016), l'improcedibilità, in parte qua, del ricorso in epigrafe, per sopravvenuto difetto d'interesse.

13.1. Solo ai fini della regolazione delle spese va valutata qui la soccombenza virtuale dell'istante, che risulta sussistente, atteso che, da una lettura complessiva della legge di gara, anche alla luce del chiarimento fornito dall'amministrazione, emerge in modo non equivoco come i Lotti 1 e 2 fossero fra loro autonomi e non indivisibili.

14. Si può così passare ad esaminare il merito del gravame, iniziando dai primi due motivi, da trattare congiuntamente in quanto vertenti, in prevalenza (salvo un profilo specificato nel prosieguo), sulla medesima questione.

14.1. Si lamenta qui l'ingiustificata compressione del confronto concorrenziale, cui darebbe luogo la procedura bandita dall'A.S.S.T. di Lecco, in particolare con le specifiche tecniche elaborate negli artt. 7 e 9 del Capitolato tecnico. Queste si risolverebbero, ad avviso di parte istante, nell'individuazione, sebbene indiretta, tanto di uno specifico prodotto, quanto degli specifici soggetti che, essendo gli unici operatori sul mercato a commercializzare tale prodotto, risulterebbero in grado di utilmente presentare una candidatura in relazione all'appalto di cui trattasi.

Il motivo è infondato.

La giurisprudenza amministrativa ha da sempre riconosciuto alla stazione appaltante un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della continenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara (cfr. *ex plurimis*, Consiglio di Stato, V, 8 settembre 2008, n.3083; VI, 23 luglio 2008, n.3655).

L'esercizio di tale discrezionalità è stato ritenuto, dunque, compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate.

In questi limiti, la pretesa del possesso di requisiti più stringenti relativi alla capacità tecnica, economica e/o finanziaria non costituisce un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle imprese alla gara.

Nel caso in esame, l'A.S.S.T. di Lecco - sulla scorta di valutazioni afferenti il merito dell'azione amministrativa e che resistono al sindacato di legittimità in quanto non irragionevoli né arbitrarie né frutto di travisamento dei fatti - ha motivato le prescrizioni di bando in discussione, adducendo ragioni positivamente apprezzabili, in quanto suggerite da rilievi di carattere organizzativo, riassumibili nei vantaggi riconducibili all'adozione del modello "Hub & Spoke", così come elencati a pagina 3 del Capitolato tecnico.

14.2. Quanto, poi, alla specifica censura contenuta nel secondo motivo e diretta avverso la scelta dell'amministrazione di acquisire il sistema di TLA aperto tanto per il presidio di Lecco, quanto per Merate e Vimercate, il Collegio osserva quanto segue.

Si afferma, qui, che sarebbe irragionevole e sproporzionato l'accorpamento realizzato dall'amministrazione, poiché la finalità di realizzare un'unica piattaforma funzionale sarebbe una peculiarità del solo presidio di Lecco.

La censura è, in parte qua, infondata.

L'acquisizione di uno strumento di automazione TLA aperto e dunque compatibile con qualsiasi modello di analizzatore, è supportata anche, ma non solo, dall'esigenza di connettere a tale sistema il modello di analizzatore già presente presso il laboratorio di Lecco (ACL TOP 700).

Le ragioni addotte dall'Azienda a fondamento di tale scelta pertengono, a ben vedere, pur sempre al sistema prescelto dell'"Hub & Spoke", cui è insita la necessità di connessione di tutti i laboratori a un'unica piattaforma funzionale. Quest'ultima, quindi, non può che coinvolgere, non soltanto, come mostra di ritenere l'esponente, il presidio di Lecco (avente il ruolo di cd. Hub), ma, evidentemente, anche quello di Merate (cd. Spoke), proprio in base alla logica sottesa al predetto sistema.

I vantaggi ad esso riconducibili, poi, sono ben evidenziati nel Capitolato Tecnico e sono un

tutt'uno con gli obiettivi perseguiti dall'amministrazione con la gara in questione (quali, fra gli altri, quelli di superare le inefficienze della soluzione che fa leva sul trasporto manuale dei campioni e di migliorare le performance di laboratorio, con tutti i connessi benefici anche in termini di garanzia di piena tracciabilità e controllo dei processi, e miglioramento dei tempi di risposta per gli esami urgenti e di routine).

15. Si può, a questo punto, passare all'esame della restante censura contenuta nel secondo motivo, e concernente l'accorpamento in unico lotto della fornitura di prodotti che sarebbero potuti essere oggetto di distinti lotti, consentendo così la partecipazione alla gara di tutti gli operatori del settore.

16. Sotto tale specifico profilo, la censura si correla col quarto motivo, con cui, sempre avuto riguardo al Lotto 1, se ne lamenta la mancata suddivisione in più lotti, attraverso la separazione e la possibilità di autonoma aggiudicazione, da un lato, della catena di automazione TLA e, dall'altro, degli analizzatori, i rispettivi reagenti e materiali di consumo.

Il mancato scorporo della catena TLA dal novero dei prodotti ricompresi all'interno del Lotto 1 sarebbe, ad avviso dell'esponente, illegittimo, in quanto ingiustificatamente limitativo della concorrenza, privo di reale motivazione e in violazione degli artt. 30, 51 e 68 del Codice degli appalti.

L'odierna ricorrente, infatti, sebbene in grado di fornire la gran parte dei prodotti oggetto del Lotto 1, oltreché di sviluppare la progettualità richiesta dal Capitolato, è nondimeno impossibilitata a prendere parte alla competizione, a cagione dell'illogico ed immotivato accorpamento effettuato dalla stazione appaltante, che ha inserito nell'ambito del medesimo Lotto 1 beni tra loro eterogenei, in assenza di qualunque motivazione in ordine alla mancata suddivisione in lotti funzionali o prestazionali dell'appalto. Non potendo l'istante fornire la catena di automazione con le caratteristiche tecniche per essa previste dalla lex specialis, la stessa si vede ingiustamente preclusa la partecipazione alla restante fornitura del medesimo Lotto, nonostante sarebbe in grado di fornire analizzatori all'avanguardia, perfettamente compatibili con la catena di automazione prescelta dalla resistente, e altrettanto efficaci beni di consumo. In tal modo, conclude la difesa di Roche Diagnostics, s'impedisce alla stazione appaltante di beneficiare di una più ampia concorrenza in un settore (quello della strumentazione analitica e rispettivi accessori) in cui il numero degli operatori sarebbe già a monte particolarmente ristretto.

16.1. Preliminarmente, va chiarito come risulti inconferente, prima ancora che infondata, l'eccezione di inammissibilità sollevata da parte resistente in relazione al quarto motivo, sul presupposto che l'istante, non essendo una piccola o media impresa, non potrebbe dolersi della violazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016.

L'ampiezza delle censure dedotte nell'ambito del quarto motivo rende evidente come la legittimazione a formularle prescinda del tutto dalle dimensioni dell'impresa interessata.

16.2. Nel merito, i predetti motivi sono, in parte qua, fondati.

Deve premettersi che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Nuovo codice dei contratti pubblici), dopo aver richiamato, all'art. 30, co. 1, i principi a cui le stazioni appaltanti devono attenersi nell'affidamento di appalti pubblici e concessioni, fra cui quelli del rispetto della libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, disciplina in dettaglio, all'art. 51, la suddivisione in lotti. Si prevede, così, che, 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 micro, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ovvero in lotti prestazionali, in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.

La norma chiarisce, altresì, che 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.

Anche il nuovo codice, come il precedente (art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 163/2006), dunque, privilegia la suddivisione in lotti, allo scopo di ampliare la concorrenza, senza che ciò possa essere inteso come regressione del coesistente interesse pubblico alla scelta del miglior contraente, al fine di garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse finanziarie della collettività, interesse che - sebbene non più indicato in modo espreso come nell'art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006 - è ontologicamente presente nel sistema ed è comunque richiamato nel nuovo codice (cfr. T.A.R. Lazio, II, 30.08.2016 n. 9441).

La suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta, dunque, ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa, ancorché l'ampiezza del margine di valutazione attribuito in questo ambito all'amministrazione conduca a confinare detto sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria (cfr., Cons. Stato, V, sentenza 5 marzo 2017, n. 1038; id., III, 23 gennaio 2017, n. 272).

Così chiarito il quadro di insieme, il Collegio rileva, con specifico riguardo al caso in esame, che la decisione di non suddividere il Lotto 1 in più lotti, a fronte della esigenza di più forniture tra loro distinte, risulta illogicamente e immotivatamente restrittiva della concorrenza e contraria alle previsioni normative da ultimo richiamate.

Le considerazioni contenute nel Capitolato tecnico, cui la difesa resistente rinvia, mentre giustificano la scelta del sistema di TLA "Hub & Spoke", sì da essere determinanti al fine di negare la fondatezza dei primi due motivi di ricorso, risultano per contro inidonee a motivare la scelta dell'accorpamento in un unico lotto (Lotto 1), di un bene con stringenti caratteristiche tecnico-funzionali (la catena di automazione a compatibilità universale, per il presidio di Lecco) con beni, invece, di tutt'altre caratteristiche e con una più ampia offerta nel mercato (analizzatori e materiali di consumo).

Neppure all'uopo soccorre la motivazione esposta nelle difese della resistente, laddove si additano le ragioni della scelta in quelle stesse che sarebbero sottese all'uso del cd. global service, ovvero, il necessario accorpamento di beni diversi ma pur sempre funzionali alla migliore prestazione del servizio (cfr. pg. 5 della replica di parte resistente).

In contrario avviso, va qui osservato come l'assunto dell'amministrazione sia del tutto indimostrato, anzi in contraddizione con quanto sostenuto a proposito delle caratteristiche di universalità del sistema di TLA.

Se, come visto in precedenza, quest'ultimo deve essere connettibile con una platea indeterminata di analizzatori, non si comprende per quale ragione si dovrebbero, poi, acquisire anche questi ultimi dallo stesso produttore del TLA; detto altrimenti, non si comprende affatto perché, ad avviso del patrocinio della stazione appaltante, la separazione in più lotti risulterebbe "foriera di possibili conflitti tra le parti (sistema TLA, da un lato, e analizzatori, dall'altro) e nessuno che abbia la responsabilità della sua realizzazione" (così a pag. 22 della memoria di parte resistente).

Ne discende che la disciplina di gara, nella parte in cui non dispone la suddivisione in più lotti prestazionali della catena di automazione TLA, da un lato, e, dall'altro, dei restanti beni fungibili, risulta illegittima per violazione dei principi comunitari di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, come trasfusi nel d.lgs. n. 50/2016, nonché per insufficienza, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione.

17. Si può soprassedere dall'esame del quinto motivo, da ritenersi assorbito in quanto formulato in via subordinata rispetto alle censure ritenute sin qui fondate.

18. Per le suesposte considerazioni, quindi, il ricorso in epigrafe specificato va in parte dichiarato improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, e in parte accolto, limitatamente ai motivi esposti ai punti 15 e 16; per l'effetto e negli stessi limiti, va annullata la legge di gara, come sopra impugnata.

19. Le spese, attesa la parziale reciproca soccombenza, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- lo dichiara improcedibile, quanto al lotto 2;

- lo accoglie parzialmente, nella parte precisata in motivazione, quanto al lotto 1, e, per l'effetto e con gli stessi limiti, annulla l'impugnata legge di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:



Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore