Consiglio di Stato: La divisione in lotti non è da considerarsi un principio assoluto ed inderogabile

6 Ottobre 2020

Bandi di gara milionari e divisione in lotti. Il **Consiglio di Stato** con la **Sentenza 3 settembre 2020, n. 5746** fa il punto su una questione spinosa e ribalta anche una sentenza del Tar Lombardia che era intervenuto sulla vicenda.

Lotti o no?

Una fornitura ospedaliera da oltre 70 milioni di euro finisce sotto l'occhio del Tar Lombardia. A chiedere l'annullamento del bando di gara e quindi l'assegnazione, due società arrivate rispettivamente al secondo e terzo posto e che quindi non hanno ricevuto l'incarico. Secondo le due società ricorrenti, non era stato applicato il frazionamento del lotto di rilevanti dimensioni "in violazione dei principi comunitari di tutela della concorrenza e delle specifiche regole del Codice appalti pubblici in materia di suddivisione di lotti". Il Tar aveva dato ragione alle due società che avevano fatto ricorso.

Il Consiglio riscrive la sentenza del Tar

La prima questione, è che se le regole della lex specialis non impediscono di presentare un'offerta non vi sono margini di impugnazione immediata del bando di gara. Nel caso della fornitura medica per gli ospedali lombardi, "la configurazione dei lotti in cui è articolato l'appalto non ha generato alcun effetto preclusivo e non può, dunque, ricondursi alla categoria delle clausole escludenti".

Bandi milionari e accesso delle piccole e medie imprese alle gare

La divisione in lotti per favorire l'accesso ai bandi di gara delle piccole e medie imprese è prescritto dall'articolo 51 del decreto legislativo 50 del 2016. Ma lo stesso articolo spiega che può essere anche non operata, purché la stazione appaltante ne spieghi i motivi nel bando di gara. "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 – si legge nel decreto – 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. E’ fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l’applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l’aggregazione artificiosa degli appalti”.

Ma non è tutto scontato

Una direttiva dell’Unione europea spiega che “è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle Pmi. (…).A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l’entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle Pmi, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle Pmi o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”. Attenzione dunque al verbo al condizionale che la stessa Europa utilizza. Si legge “dovrebbero”, non “devono”. E quindi il Consiglio di Stato si basa su questa importante differenza. Si legge ancora nella direttiva europea: “Se l’appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un’offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l’affidabilità dell’approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente”.

“Non è un principio assoluto”

Il Consiglio di Stato quindi smentisce il Tar sostenendo che la divisione in lotti dei bandi di gara non è da considerarsi un principio assoluto ed inderogabile, “riconoscendo invece la possibilità di optare per un assetto alternativo mediante una scelta garantita da ampia discrezionalità, che va motivata ma resta sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria”. Per il Consiglio, dunque, “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”. Quindi deve

essere l’amministrazione a decidere se suddividere o meno l’appalto in diversi lotti e darne ampie spiegazioni.

I motivi secondo il Consiglio di Stato

“Sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata”. Per quanto riguarda gli appalti pubblici, “è sempre preferibile la suddivisione in lotti per favorire la partecipazione alla gara alle piccole e medie imprese, ma questa non è una regola inderogabile. Nel caso delle forniture mediche, è evidente, scrive il Consiglio di Stato, che sia stato previsto un lotto corposo, sia in termini di materiali che dal punto di vista economico “in un’ottica di efficientamento, ragionevolmente dettata anche dal fatto che si tratta di prodotti e servizi standardizzati, costanti nel tempo e caratterizzati da una scarsa variabilità ed evoluzione tecnologica”.

CdS_30_09_2020_5746