

Pubblicato il 12/08/2024

N. 07112/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01588/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1588 del 2024, proposto da Europolice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 816472610B, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Hcm s.p.a., Cosmopol Basilicata s.r.l. oggi Cosmopol Vigilanza s.r.l., Securpol Puglia s.p.a., Cosmopol s.p.a., non costituiti in giudizio;

Consip s.p.a. e Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Poliziotto Notturmo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 16908/2023, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poliziotto Notturmo s.r.l., Consip s.p.a. e Ministero della giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino e dello Stato Santini;

1. La controversia riguarda la procedura di gara aperta suddivisa in 34 lotti per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata da svolgersi in favore del Ministero della Giustizia, indetta da Consip s.p.a. (di seguito: "Consip") con bando pubblicato in data 17 gennaio 2020.

2. Europolice s.r.l. (di seguito: "Europolice") si è classificata al secondo posto in graduatoria per il lotto n. 19 e ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione adottato in favore di Poliziotto Notturmo s.r.l. (di seguito: "Poliziotto Notturmo"), chiedendone l'annullamento e, per l'effetto, la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, nonché il subentro in quest'ultimo.

In particolare sono stati gravati:

– il provvedimento Consip 8 giugno 2023, di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione, in favore di Poliziotto Notturmo, della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata per il Ministero della giustizia – lotto 19;

– i verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso Poliziotto Notturmo e hanno valutato l'offerta tecnica ed economica;

– ove occorra, il chiarimento n. 89;

– ove occorra, ancora, l'art. 3.1. del disciplinare, se inteso nei sensi prospettati da Consip nel chiarimento e negli atti di gara;

– tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

3. Il Tar Lazio – Roma, con sentenza 13 novembre 2023 n. 16908, ha respinto il ricorso.

4. Europolice ha appellato la sentenza con ricorso n. 1588 del 2024.

5. Il ricorso in appello consta di quattro motivi, relativi (in estrema sintesi) all'asserita violazione del vincolo di partecipazione previsto dalla legge di gara e

all'asserita violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 80 comma 5 lett. f-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2026 (primo motivo), alla presunta nullità del contratto di avvalimento (secondo motivo), nonché a pretese criticità della valutazione dell'offerta tecnica (terzo motivo) e della verifica di anomalia (quarto motivo).

6. Lo scrutinio dei motivi di appello secondo, terzo e quarto, nonché il secondo e terzo profilo (relativi rispettivamente all'asserita violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 80 comma 5 lett. f-*bis*) del d. lgs. n. 50 del 2026) contenuti nel primo motivo di appello, può essere letto nella sentenza parziale 12 agosto 2024 n. 7104, con cui sono stati respinti dette doglianze, residuando soltanto lo scrutinio del primo profilo del primo motivo del ricorso in appello, il cui esame è stato demandato a separata ordinanza, al fine di deferire all'Adunanza plenaria la questione giuridica allo stesso sottesa, relativa all'ambito di applicazione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione nel silenzio della legge di gara sul punto.

7. Residua pertanto di valutare il primo profilo di censura contenuto nel primo motivo di appello.

Con detto profilo di censura l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura di violazione dell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 in ragione del mancato rispetto del vincolo di partecipazione previsto nella legge di gara.

La violazione del vincolo sarebbe stata compiuta non dall'operatore economico controinteressato in sé considerato, cioè Poliziotto Notturmo, ma in quanto appartenente a una più vasta realtà imprenditoriale.

È infatti evidenziato nel ricorso in appello come l'operatore economico controinteressato faccia parte di un gruppo societario "*controllato dalla Holding HCM S.p.A., di cui fanno parte Cosmopol, Cosmopol Basilicata (oggi, Cosmopol Vigilanza) e Securpol Puglia, come emerge chiaramente dall'intreccio di quote e cariche sociali?*", che sono illustrate in apposito prospetto.

Si tratterebbe di un unico "*mega concorrente*" che ha presentato offerte nelle gare relative a 32 lotti su 34 e di cui è evidenziata "*la unicità di centro decisionale in capo ad*

un unico Socio di maggioranza (HCM s.p.a.), che rende tutte le offerte riferibili ad un unico centro di interessi attraverso una inammissibile forma di concentrazione”.

Gli argomenti dedotti a sostegno della tesi dell’ambito di applicazione soggettivo del vincolo di partecipazione, essendo in predicato se esso si espande oltre l’operatore economico offerente, sono i seguenti:

- l’espressione utilizzata dalla legge di gara per definire *“l’ambito soggettivo di operatività del vincolo di aggiudicazione (“concorrente”) [...] deve essere inteso in senso sostanziale e funzionale”* in modo da *“dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva”*;
- la previsione di un limite non solo del numero dei lotti, ma anche di valore, per evitare una concentrazione di fatturato e di potere nel mercato di riferimento;
- la funzione concorrenziale e redistributiva, che verrebbe frustrata da un’interpretazione restrittiva del vincolo.

L’appellante ha altresì speso l’assunto dell’illegittimità del chiarimento n. 89 se inteso nel senso di limitare la portata del vincolo apposto dalla legge di gara.

7.1. Nella procedura indetta da Consip con bando pubblicato in data 17 gennaio 2020, recante *“Gara a procedura aperta per l’appalto di fornitura di servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia ID Sigef 2201”*, l’Amministrazione ha previsto la suddivisione in lotti e ha introdotto un limite di partecipazione.

In particolare il par. 3.1 del disciplinare dispone che *“In caso di partecipazione a più lotti è previsto, ai sensi dell’art. 51, comma 2 del Codice, un vincolo che opera secondo le due seguenti regole:*

- *ciascun concorrente può presentare offerta per un numero massimo di 13 lotti;*
- *il valore dei lotti a cui si partecipa non può superare il 40% del valore della gara, secondo la tabella sotto riportata.*

Le due regole suindicate non operano alternativamente”.

La legge di gara stabilisce di seguito (nel medesimo par. 3.1 del disciplinare) le conseguenze della presentazione di offerta in più lotti da parte dell’operatore economico, prevedendo che *“In caso di partecipazione ad un numero o un valore maggiore di lotti rispetto a quanto consentito, l’offerta si considera presentata per i lotti che, in valore e numero, rispettino le due regole suindicate, sulla base del seguente ordine decrescente”*, che viene di seguito riportato in apposita tabella.

L'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, che disciplina l'istituto, stabilisce, al primo comma, che *“al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti”* funzionali o prestazionali, motivando l'eventuale mancata suddivisione dell'appalto in lotti.

Quanto al vincolo di partecipazione è poi disposto che *“Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti?”* (comma 2).

Infine, *“Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo”* (comma 3).

7.2. La questione giuridica riguarda l'ambito di applicazione soggettivo del vincolo di partecipazione, nel caso in cui esso è formulato facendo riferimento al *“concorrente”* (così la legge di gara), o all'*“offerente”* (o colui che presenta l'offerta, così l'art. 51 del d. lgs. n. 51 del 2016 con espressioni varie, comunque riferibili a detto concetto), senza ulteriore specificazione, come nel caso di specie, considerato il tenore della sopra richiamata legge di gara sul punto.

In particolare, il tema che si pone attiene alla riferibilità di detto vincolo al solo *“concorrente”* o *“offerente”* o a una più vasta realtà imprenditoriale (entrambe le nozioni, quella di *“concorrente”* o *“offerente”* e quella di più vasta realtà imprenditoriale, saranno *infra* approfondite, rispettivamente al punto 14.8 e al punto 14.13).

Detta tematica si innesta nella presente controversia in ragione dell'allegazione di:

(a) legami societari esistenti fra l'operatore economico controinteressato e altre società appartenenti al medesimo gruppo, che hanno presentato offerte in altri lotti della presente gara (per l'asserita quasi totalità dei lotti, 32 lotti su 34);

(b) altri elementi di collegamento esistenti fra le società del gruppo, quali (i) “l'intreccio” di cariche sociali, (ii) la “unicità di centro decisionale in capo ad un unico Socio di maggioranza (HCM s.p.a.)”, (iii) l'asserita identità di offerte, progetti e polizza fideiussoria, (iv) l'identica mancanza (di allegazione) di un *curriculum* con riferimento all'offerta presentata da due società del gruppo.

Si anticipa, al fine di evidenziare la rilevanza della questione oggetto di deferimento all'Adunanza plenaria per la decisione della controversia, che uno dei suddetti indici è sussistente, cioè l'appartenenza di Poliziotto Notturmo al gruppo Cosmopol.

L'appartenenza di Poliziotto Notturmo al gruppo Cosmopol non è infatti contestata, né in primo grado (è allegata con il ricorso introduttivo, ammessa dalla stazione appaltante con memoria 28 luglio 2023, non negata da Poliziotto Notturmo, che anzi qualifica l'avvalimento con Cosmopol Security come avvalimento infragruppo, ammettendo quindi l'esistenza di un gruppo), né in secondo grado (riaffermata con il ricorso in appello, non è stata contestata).

Né è contestata la presentazione da parte delle società del gruppo Cosmopol di offerte, (se) complessivamente considerate, per un numero di lotti superiore al vincolo di partecipazione imposto con la legge di gara (l'appellante ha fatto riferimento a 32 lotti su 34, senza trovare smentita).

Sicché la decisione sull'asserita illegittimità dell'aggiudicazione a favore dell'operatore economico controinteressato dipende dall'avviso che l'Adunanza plenaria assumerà sulla questione giuridica che si deferisce, considerati i due temi di cui si compone: il primo teso a chiarire “se” il vincolo di partecipazione si estenda oltre l'offerente nel silenzio della legge di gara, il secondo, subordinato alla risoluzione positiva del primo, volto a definire il *quomodo* di detta estensione, e in particolare se rileva la nozione di gruppo o altra nozione, a precisare quali indici debbano essere considerati al fine di valutarne l'integrazione e quale criterio debba essere utilizzato per individuare le offerte da escludere in quanto in soprannumero. La decisione della suddetta questione giuridica si riverbera sulla legittimità dell'impugnata aggiudicazione a favore dell'operatore economico controinteressato

nel caso in cui l'Adunanza plenaria risolva le questioni relative all'ambito di applicazione soggettivo del vincolo di partecipazione nel senso che esso si estenda a una realtà più vasta rispetto all'offerente benché la legge di gara non lo specifichi (oggetto del primo quesito) e nel senso che tale realtà è delimitata dall'appartenenza a un gruppo (oggetto del secondo, e subordinato, quesito), considerato anche il criterio che l'Adunanza plenaria individuerà per l'individuazione delle offerte in soprannumero.

8. Prima di approfondire la questione giuridica oggetto di deferimento si svolgono alcune considerazioni preliminari.

8.1. La legge di gara ha previsto un vincolo di partecipazione basato sul numero massimo dei lotti ai quali gli operatori economici possono presentare offerta e rinforzato dal riferimento del valore massimo complessivo del valore dei lotti.

In mancanza del doppio limite, l'applicazione soltanto del primo, relativo al numero delle offerte, avrebbe potuto produrre conseguenze molto diverse, in ragione della rilevante difformità di valore fra i lotti, che va da un minimo di euro 2.337.316,11 a un massimo di euro 68.883.901,14.

La prescrizione relativa al valore massimo complessivo svolge quindi la funzione di assicurare che il vincolo non risenta in modo determinante del diverso valore dei lotti e dia luogo a effetti equiparabili, indipendentemente dai lotti oggetto di offerta. Detta prescrizione non può quindi essere utilizzata dall'appellante al diverso fine di sostenere l'estensione soggettiva del vincolo di partecipazione complessivamente inteso.

8.2. La stazione appaltante ha specificato, con il chiarimento n. 89, che *“il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno della autonomia delle singole società, dotate di personalità giuridica distinta e dunque le imprese controllate o collegate ex art. 2369 c.c., in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, possono partecipare ed aggiudicarsi ciascuna, più lotti, nel rispetto del vincolo di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara”*.

Con detta affermazione la stazione appaltante ha quindi espresso la volontà di non estendere la portata del vincolo di partecipazione oltre il singolo concorrente, al fine di considerare l'appartenenza di questo a una più ampia realtà imprenditoriale.

La sussistenza di detto chiarimento non è di per sé determinante e non rende irrilevante la questione giuridica sopra delineata.

I chiarimenti debbono infatti rispettare *“il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "par condicio" nelle gare di appalto quali presidi di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento)”*, che impone che *“il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico della clausola secondo uno dei suoi possibili significati”* (Cons. St., sez. III, 23 novembre 2022 n. 10301, così anche Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2024 n. 1793).

Nel caso in cui invece al chiarimento sia riconosciuta una portata novativa si deve *“dare prevalenza alle clausole della lex specialis ed al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono”* (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2021 n. 2260 così anche Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2024 n. 802, che si riferisce allo stesso come *“consolidato principio”*, rispetto al quale si discosta sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127). E ciò indipendentemente dall’impugnazione degli stessi, atteso che *“i chiarimenti resi nel corso di una gara d’appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis”* (Cons. St., sez. V, 7 settembre 2022 n. 7793).

Visto quindi che i chiarimenti possono avere solo una portata interpretativa e non innovativa, la soluzione del caso non può basarsi sul chiarimento stesso ma richiede di previamente interpretare la legge di gara (per poi stabilire il trattamento da riservare al chiarimento).

8.3. L’art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, già sopra richiamato, consente alle stazioni appaltanti di inserire vincoli di partecipazione (comma 2, in base al quale le stazioni appaltanti indicano *“se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti”*) e vincoli di aggiudicazione (comma 3, in base al quale le stazioni appaltanti *“possono [...] limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente”*).

Dal dato normativo non si ricava un diverso regime di apposizione del vincolo, a seconda che sia di partecipazione o di aggiudicazione. Il disposto del secondo e del terzo comma evidenzia infatti l’ampia discrezionalità nell’apposizione del vincolo e

nel contenuto quantitativo dello stesso, nonostante la diversa tecnica redazionale (il comma 2 descrive i possibili, e diversi, contenuti del vincolo di partecipazione, mentre il comma 3 fa riferimento al fatto che le stazioni appaltanti “*possono*” prevedere il vincolo di aggiudicazione). In entrambi i casi il riconoscimento della discrezionalità comporta che, nel silenzio della legge di gara, esso non operi (in disparte la valutazione della relativa estensione). E ciò non solo perché la libertà economica e l'autonomia negoziale si espande se non viene (motivatamente) limitata ma anche perché, nel caso di cui al comma 2, non può operare un vincolo di partecipazione privo di contenuto e, nel caso del comma 3, il vincolo non opera se le stazioni appaltanti che “*possono*” prevederlo non lo fanno.

Le stesse sentenze che si sono occupate della questione fanno spesso riferimento a entrambi i vincoli senza distinguerli.

In particolare, si legge nella sentenza n. 652 del 2023 che “*deve essere la stazione appaltante a stabilire se, una volta introdotto un simile “vincolo (di partecipazione e/o di aggiudicazione)”*”, lo stesso trovi o meno applicazione “*anche per le imprese in rapporto di controllo/collegamento, ai sensi dell'art. 2359 c.c., ossia in situazione*” di “*sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico e patrimoniale*”.

La sentenza n. 5900 del 2023 ha riguardo all'applicazione “*del limite massimo di partecipazione e aggiudicazione di più lotti*”, non distinguendo fra i due vincoli nella relativa argomentazione.

La sentenza n. 8127 del 2023 riguarda un vincolo di partecipazione ma richiama anche giurisprudenza riguardante il vincolo di aggiudicazione.

La sentenza n. 9003 del 2022 riguarda un vincolo di aggiudicazione ma richiama giurisprudenza relativa alla “*discrezionalità di cui all'art. 51, commi 2 (vincolo di partecipazione) e 3 (vincolo di aggiudicazione)*” di cui alla sentenza n. 8730 del 2022.

La sentenza n. 8726 del 2022 ha riguardo a un vincolo di partecipazione ma argomenta con riferimento a entrambe le tipologie di vincolo.

Si legge nella sentenza n. 2350 del 2021, così come nella sentenza n. 4725 del 2022, che non è mai possibile inferire dall'introduzione del “*limite di aggiudicazione*” dei lotti per ciascun offerente un “*divieto di partecipazione*” a lotti diversi da parte di imprese in situazioni di collegamento.

In effetti il vincolo di partecipazione si connota, rispetto all'attività della stazione appaltante, per il fatto che la relativa violazione può essere intercettata in corso di gara, così compulsando il ripristino della regola (violata) in una fase antecedente all'aggiudicazione, senza che peraltro l'intervento di quest'ultima faccia venir meno la cogenza dello stesso, che quindi può essere ripristinato anche a posteriori.

Il vincolo di aggiudicazione comporta che la stazione appaltante ne valuti il rispetto solo a valle dell'aggiudicazione medesima, escludendo le offerte, risultate aggiudicatarie, presentate in soprannumero, scegliendo, fra quelle presentate, in base all'elenco predeterminato nella legge di gara, secondo il disposto dell'art. 51 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016.

Dal punto di vista dell'operatore economico lo stesso è tenuto in entrambi i casi (con riferimento a entrambi i vincoli) a valutare le *chances* di vittoria rispetto ai singoli lotti per poter decidere in quali presentare l'offerta, se non vuole affidarsi all'elenco predeterminato dalla stazione appaltante. Con la precisazione che, nel caso in cui l'operatore economico debba rispettare un vincolo di partecipazione e voglia scegliere in proprio quali lotti preferisce, l'offerente può essere indotto a una maggiore selezione, valutando con severità le *chances* di vittoria e rinunciando in anticipo ad alcune offerte.

Nondimeno lo studio della realtà ha dimostrato che sono minime le differenze di condotta, tanto che nella relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023 si legge, *“in una prospettiva economica”*, che *“Nella pratica degli appalti il vincolo di partecipazione è diventato un sostituto quasi perfetto di quello di aggiudicazione”*, oltre a commenti relativi alle esternalità dagli stessi prodotti (riguardanti rispettivamente il maggior rischio di turbativa d'asta e il pericolo di ricorsi strumentali che blocchino tutti i lotti).

In ogni caso non si evidenzia, neppure nella relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023, redatta a valle di approfondimenti anche di tipo economico sul tema, alcuna difformità (fra le due tipologie di vincoli) in relazione alla tematica della *“estensione del vincolo dalla singola impresa all'unitario centro decisionale cui essa eventualmente sia riconducibile”*.

Infine, posto che si disquisisce proprio in ordine all'espansione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione oltre l'offerente senza una espressa indicazione in tal senso della *lex specialis* (e anzi, in alcuni casi, come quello *de quo*, in presenza di un chiarimento di segno contrario), difficilmente è oggetto di preventiva valutazione la portata del vincolo in sede di presentazione dell'offerta, non essendovi pertanto i presupposti per apprezzarne le (seppur minime) differenze (fra vincolo di partecipazione e di aggiudicazione).

Nella gara qui controversa, peraltro, la stazione appaltante ha predeterminato l'ordine decrescente sulla base del quale individuare le offerte da espellere in quanto non rispettose del vincolo, così come previsto dall'art. 51 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 con riferimento al vincolo di aggiudicazione, e il controllo sul rispetto del vincolo di partecipazione è stato sollecitato solo a valle dell'aggiudicazione, attraverso il ricorso giurisdizionale (così come succede per il vincolo di aggiudicazione).

8.4. Le suddette considerazioni sono funzionali a rappresentare la ragione per la quale le pronunce di cui si darà conto nel prosieguo sono state rese senza distinguere fra vincolo di partecipazione e vincolo di aggiudicazione (oggetto di un maggior numero di sentenze), sull'implicito presupposto che la decisione sull'espansione soggettiva dello stesso non risenta in modo determinante della diversità di oggetto del vincolo (partecipazione o aggiudicazione).

9. Le numerose pronunce rese sulla questione giuridica dell'ambito di applicazione soggettivo del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione nel silenzio della legge di gara hanno generato un contrasto giurisprudenziale.

Vi sono infatti pronunce con le quali il Consiglio di stato ha ritenuto insito nell'apposizione del vincolo (di partecipazione o di aggiudicazione), pur in mancanza di una espressa indicazione sul punto della legge di gara, l'espansione dello stesso oltre il singolo offerente dando rilevanza a tal fine a una più vasta realtà imprenditoriale (su cui *infra*, al punto 14.13). Il riferimento è a Cons. St., sez. III, 5 marzo 2024 n. 2149 e 4 marzo 2024 n. 2052, sez. III 21 ottobre 2022 n. 9003 e sez. V 27 settembre 2021 n. 6481.

Numerose sono poi le pronunce di segno opposto (Cons. St., sez. V, 2 gennaio 2024 nn. 45, 47, 48, 50, 59, 61 e 62, 13 ottobre 2022 nn. 8726, 8729 e 8730, 9 giugno 2022 n. 4725 e 18 marzo 2021 n. 2350, nonché sez. III, 3 gennaio 2023 n. 77, 7 giugno 2022 n. 5625, sez. V, 12 febbraio 2020, nn. 1070 e 1071 e 2 maggio 2017 n. 1973).

In particolare da ultimo il tema è stato approfondito con le richiamate sentenze nn. 45, 47, 48, 50, 59, 61 e 62 (sez. V, 2 gennaio 2024), prendendo posizione a favore della tesi della non espansione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione in mancanza di una espressa previsione sul punto della legge di gara.

Successivamente, in un analogo caso di previsione di un vincolo di partecipazione e aggiudicazione riguardante una gara su più lotti, non accompagnato da specifica disposizione riguardante l'ambito soggettivo di applicazione, il Consiglio di stato ha aderito alla diversa impostazione, volta a sostenere l'espansione automatica del vincolo nel silenzio della legge di gara sul punto (sez. III, 5 marzo 2024 n. 2149 e 4 marzo 2024 n. 2052).

Dette ultime pronunce rendono evidente che il tema controverso non è stato superato, così richiedendo di essere deferito all'Adunanza plenaria.

10. A tal fine il Collegio principia nel riferire le motivazioni addotte al fine di sostenere l'espansione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione, così come rappresentate nelle sentenze nn. 2052 e 2149 del 4 e 5 marzo 2024, per poi dare conto degli assunti che supportano la tesi opposta, anche alla luce di quanto statuito con le sentenze 2 gennaio 2024 nn. 45, 47, 48, 50, 59, 61 e 62.

11. Prima di approfondire il tema si dà conto, per completezza, del recente orientamento giurisprudenziale attraverso il quale, a certe condizioni (unicità del centro decisionale, su cui *infra*, al punto 14.13), quando più società concorrono ad una gara contraddistinta da più lotti con l'intento di eludere, mediante la presentazione di più offerte "a scacchiera", l'eventuale limite imposto dalla stazione appaltante al numero di lotti suscettibili di aggiudicazione ad un unico operatore ai sensi dell'art. 51 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016, *"l'esclusione dalla procedura delle predette società rinviene il suo fondamento non nella violazione della disposizione pro-concorrenziale da ultimo citata, ma nell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) d.lgs.*

n. 50 del 2016, costituente una clausola generale di tipo espulsivo idonea a ricomprendere tanto condotte atipiche, ossia non riconducibili nell'ambito di applicazione delle altre cause di esclusione previste dalla medesima disposizione nel suo complesso considerata, quanto condotte tipiche di per sé non giustificanti l'estromissione dalla procedura selettiva, come nel caso in esame” (Cons. St., sez. VII, 17 gennaio 2023 nn. 579 e 582). Secondo tale orientamento l'eventuale intento elusivo che si accerti in caso di presentazione di offerte su più lotti da parte di società appartenenti a un unico centro decisionale integra i requisiti della fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-bis) del d. lgs. n. 50 del 2016 (“l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”).

Detto orientamento “recupera”, in altro modo, condotte che, pur non integrando una violazione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione, nondimeno, in quanto ritenute elusive, sono sintomatiche dell'inaffidabilità dell'offerente (e quindi meritevoli di esclusione). La condotta è infatti così descritta come “*omessa dichiarazione della sussistenza di rapporti societari idonei ad integrare la fattispecie di cui all'art. 80 co.5 lett. m) d. lgs. n. 50/2016 seguita dalla presentazione di offerte “a scacchiera” per più lotti tendente ad eludere il limite di assegnazione stabilito dall'Ente aggiudicatore ai sensi dell'art. 51 co.3 d. lgs. n. 50/2016” (Cons. St., sez. VII, 17 gennaio 2023 nn. 579 e 582).*

12. Nel caso deciso con le sentenze nn. 2052 e 2149 del 2024 la stazione appaltante ha previsto un vincolo di partecipazione e un vincolo di aggiudicazione.

In particolare, “*Con il primo, finalizzato a favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese ai sensi dell'art. 51, comma 2, del d. lgs. n. 50/2016, ha stabilito che ciascun concorrente potesse presentare offerta per un numero massimo di 8 (otto) lotti”.*

Con il secondo la stazione appaltante ha ulteriormente previsto che: “*ai sensi dell'art. 51, co. 3, del Codice, in caso di partecipazione a più lotti, al Concorrente, singolo, raggruppato, consorziato o aggregato, che ha presentato offerta e risulti primo in graduatoria per più lotti, potranno essere aggiudicati:*

- (se tra i Lotti di cui il concorrente risulta primo graduato NON rientra il Lotto 13): fino ad un massimo di n. 4 (quattro) lotti, in ordine di rilevanza economica dell'offerta presentata per il rispettivo lotto, quindi a cominciare dal lotto di maggior rilevanza economica e procedendo in ordine decrescente.

- se tra i Lotti di cui il concorrente risulta primo graduato rientra il Lotto 1): il solo Lotto 1. La limitazione riferita specificamente al Lotto 1 si motiva in considerazione della rilevanza economica di tale Lotto rispetto gli altri Lotti in gara” (così dalla sentenza n. 2149 del 2024).

Per quanto di interesse in questa sede, la stazione appaltante ha applicato il vincolo al “*complessivo centro decisionale*”.

Il Tar ha respinto il ricorso presentato sul punto.

La Sezione III ha ritenuto che la sentenza impugnata abbia rispettato “*la ratio del vincolo di aggiudicazione (così come del resto quella del vincolo di partecipazione)*”, apportando i seguenti elementi a suffragio della pronuncia.

12.1. La *ratio* del vincolo di aggiudicazione e del vincolo di partecipazione si rinviene in “*un’esigenza pro-concorrenziale*”, cioè quella di favorire la “*massima partecipazione possibile delle piccole e medie imprese – che costituiscono l’ossatura del sistema imprenditoriale nazionale ed europeo - per evitare che gli affidamenti si concentrino in capo alle imprese di dimensioni maggiori*”.

Il vincolo “*è diretto a completare e a rendere effettivo l’obiettivo pro-concorrenziale insito nel vincolo della suddivisione dell’appalto in lotti*”, i cui effetti rischierebbero di essere vanificati se non vi fosse un limite massimo all’assegnazione dei lotti per il singolo operatore (“*in assenza di detto vincolo, le imprese di minori dimensioni ben difficilmente riuscirebbero a superare la concorrenza di quelle dominanti*”). A tal fine si sottolinea come “*il vincolo di aggiudicazione traduce in atto quel che la suddivisione in lotti esprime in potenza*” dal momento che imponendo il vincolo, “*il cui effetto naturale è proprio quello di aumentare il numero degli aggiudicatari, è impedito che si realizzino o si consolidino situazioni di concentrazione e tendenze in senso oligopolistico o monopolistico del mercato*”, così incidendo “*sull’assetto del mercato in senso concorrenziale, con effetti destinati a travalicare anche la singola procedura di gara ed a riflettersi invece sulla futura sistemazione del segmento interessato*” (Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021 n. 6402).

Pertanto è indubitabile *“la funzione pro-concorrenziale e di incentivo all’accesso al mercato”* del vincolo.

Le altre finalità di detto vincolo, *“connesse con il principio del buon andamento, ovvero del risultato utile, come ad esempio quella di migliorare la qualità della prestazione, evitando che un medesimo operatore sia contemporaneamente impegnato su troppi lotti”*, sono recessive rispetto alla finalità pro-concorrenziale che permea il vincolo, *“imponendo una lettura sistematica e congiunta del comma 3 e del comma 1 dell’art. 51 del d. lgs. n. 50/2016”*.

12.2. Tali conclusioni non sono scalfite dalla natura facoltativa e non obbligatoria del vincolo di aggiudicazione, considerata la relazione esistente fra i due anche dal punto di vista normativo (art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016).

Infatti la stessa *“suddivisione in lotti dell’appalto è solo tendenzialmente obbligatoria, potendo essere disattesa previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante”*, trattandosi di un *“principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie”* e *“derogabile attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata”* (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018 n. 123, 7 febbraio 2020 n. 973 e sez. III, 12 febbraio 2020 n. 1076).

Quanto sopra risulta *“in linea con l’art. 46 della Direttiva 2014/24/UE e con il suo 78° Considerando, che ha attribuito agli Stati la facoltà di rendere obbligatoria la suddivisione degli appalti in lotti separati, ovvero di incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a suddividere in lotti i grandi appalti, al fine di facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici”*.

Il legislatore italiano ha quindi *“scelto la seconda opzione, imponendo il divieto di suddivisione artificiosa e l’obbligo di motivare in caso di mancata suddivisione in lotti dei grandi appalti”*.

Del pari, *“anche il vincolo di aggiudicazione – che si nutre della medesima ratio pro-concorrenziale del principio di divisione in lotti - non è imposto come obbligo, ma è lasciato alla discrezionalità amministrativa della stazione appaltante”*.

Pertanto, *“al pari del principio di separazione in lotti, al quale è funzionale, il vincolo di aggiudicazione costituisce principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie, individuabili discrezionalmente dalla stazione appaltante, ferma la sua intima natura di principio con scopo pro-concorrenziale in favore delle piccole e medie imprese”*.

12.3. La Sezione III prosegue ritenendo che *“In ragione della sua ratio, il vincolo deve trovare applicazione non solo con riguardo al singolo operatore economico, ma a maggior ragione ad operatori economici collegati”*.

In tale ultima ipotesi, infatti, *“l’esistenza di un unico centro di controllo e di coordinamento tra le imprese partecipanti e, dunque, tra le offerte, moltiplica il rischio di prevaricazione competitiva da parte delle imprese collegate a danno di quelle piccole o medie che agiscono in forma singola e giustifica, pertanto, l’apposizione del vincolo di aggiudicazione”*.

Ha quindi ribadito che *“non può essere condivisa la tesi sostenuta dall’appellante, secondo la quale il vincolo avrebbe l’ordinaria funzione di garantire la qualità della prestazione e, come tale, dovrebbe essere limitato al singolo operatore/azienda”*, dal momento che *“il vincolo ha essenzialmente e primariamente una funzione pro-concorrenziale e, solo mediamente, sulla base delle caratteristiche intrinseche dell’appalto – queste sì da esplicitare in maniera analitica da parte della stazione appaltante – lo stesso può risultare funzionale anche ad altre esigenze, legate essenzialmente alla qualità della prestazione”*.

Senonché *“in caso di collegamento tra imprese, ovvero di qualsiasi altra forma partecipativa espressiva di una medesima realtà imprenditoriale, riconducibile ad un unico centro di imputazione di interessi, la funzione pro-concorrenziale del vincolo risulta del tutto prevalente ed autoevidente, tanto da non imporre alla stazione appaltante alcuna esplicita specificazione o indicazione, negli atti di gara, della funzione allargata e pro-concorrenziale svolta dal vincolo medesimo”*.

La Sezione III *“ha già avuto modo di precisare che non vi è alcun elemento per affermare che, fra le due possibili finalità del vincolo di aggiudicazione, quella pro-concorrenziale sia secondaria o solo eventuale, con la conseguenza di esigere uno specifico onere motivazionale nella legge di gara”* dal momento che, *“in presenza di una clausola prevedente un vincolo di aggiudicazione, si presume che la stessa risponda (anche) alla ratio di impedire l’accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto, dovendo semmai essere motivata la diversa ipotesi in cui tale finalità non vi sia”* (Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003).

Pertanto, *“deve ritenersi che la possibilità di applicare il vincolo di aggiudicazione in senso “sostanziale” alle imprese collegate è nel sistema, sicché la prevedibilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali è già assicurata sul piano normativo, senza necessità di una specificazione*

volta per volta in sede di legge di gara (che anzi aumenterebbe il tasso di complicazione del sistema)”.

La Sezione III ha quindi concluso che *“la stazione appaltante, a seguito di apposita istruttoria e di interlocuzione con l’AGCM, ha ritenuto di dover applicare il vincolo di aggiudicazione in senso sostanziale, con riferimento all’unitario soggetto offerente, inteso come identità imprenditoriale ed economica, a prescindere dalla compagine proprietaria formalmente distinta, dimostrando di aver fatto corretta applicazione del terzo comma dell’art. 51 cit. e della ratio pro-concorrenziale ad esso sottesa”.*

Ha poi aggiunto che l’opposta interpretazione *“porterebbe esattamente alla concentrazione della commesse nelle mani del medesimo centro decisionale, in palese elusione della finalità sottesa alla stessa suddivisione in lotti (ed al vincolo di aggiudicazione), consentendo all’unitaria realtà imprenditoriale di aggiudicarsi una gran fetta dell’appalto complessivamente inteso, laddove la legge di gara mirava ad un risultato esattamente opposto (in termini cfr. Cons. St., sez. III, sentenze n. 8990/2022 e n. 9003 del 21 ottobre 2022 in fattispecie analoga)”.*

13. In altre pronunce si apporta un ulteriore argomento a sostegno dell’estensione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione nel silenzio della legge di gara sul punto.

In particolare si è ritenuto che l’espressione usata dalla legge di gara per definire l’ambito di operatività del vincolo di aggiudicazione (*“concorrente”*) sia sul piano letterale che su quello funzionale non consente di circoscrivere la nozione alla singola impresa, dal momento che ha riguardo proprio ad una categoria connotata dal riferimento al confronto nel relativo mercato, e comunque *“replica quella di “offerente”, utilizzata sia dal citato art. 51, comma 3, che dall’art. 46, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE: e che va evidentemente intesa in senso sostanziale e funzionale, dunque in modo da “dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva” (Consiglio di Stato, sentenza n. 6481/2021, cit.)”* (Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003).

14. A fronte di detto orientamento la Sezione ritiene di confermare l’opposta opzione, già approfondita con le sentenze 2 gennaio 2024 nn. 45, 47, 48, 50, 59, 61 e 62, sulla base delle seguenti argomentazioni.

14.1. Le esigenze connesse all’implementazione della concorrenza (per il mercato) non sono le sole che informano la disciplina dei contratti pubblici, sicché non si

può fare perno esclusivamente su di esse per spiegare le regole della gara.

Nella disciplina dei contratti pubblici si confrontano infatti due prospettive, quella dell'Amministrazione quale centro di spesa, che ha l'esigenza di gestire nel modo più efficiente possibile le proprie risorse per perseguire gli interessi pubblici di cui è intestataria e di ottenere quindi la migliore prestazione, e la prospettiva concorrenziale.

Tradizionalmente, e comunque nel periodo precedente all'intervento dell'Unione europea in funzione di sviluppo del mercato interno sulla base del principio di concorrenza, la stipulazione del contratto da parte dell'Amministrazione è considerata materia di contabilità pubblica, come si evince dal fatto che la relativa disciplina è contenuta nel r.d. n. 2440 del 1923, recante appunto la disciplina sulla contabilità generale dello Stato.

L'Unione europea ha introdotto nella materia i principi dell'apertura del mercato e della tutela della concorrenza, che costituisce l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (CGUE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13). Ciò in particolare è stato suggellato dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e dalla sentenza *Stadz Graz* (CGUE, sez. III, 30 settembre 2010, C-314), che, resa in materia di appalti pubblici, ha innestato un caso di responsabilità senza colpa dell'Amministrazione per violazione di regole poste a tutela del mercato. Divengono, almeno in un primo periodo, recessive le esigenze dell'erario. E ciò tanto più se si considera che viene dettato *“l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme pertinenti del diritto dell'Unione”* e che *“qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente”* (CGUE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13).

Le direttive del 2014 (n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE) consolidano il *trend* già inaugurato in passato, volto a perseguire una dimensione di politica economica (*rectius* di creazione del mercato interno) degli appalti pubblici (in senso economico, ambientale e sociale).

Al contempo, però, in esse si rinviene il richiamo alla nozione, tipica della disciplina nazionale di stampo contabilistico, di accrescimento dell'*“efficienza della*

spesa pubblica” e di “*uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici*” (considerando 2 della direttiva n. 2014/24/UE) e di moralità degli attori del mercato (considerando 100 e art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE).

Il richiamo, contenuto anche in altre disposizioni riguardanti specifici istituti, come per la suddivisione in lotti, è tanto più rilevante se si considera che la prospettiva dell’Unione europea è comunque quella del mercato interno e della concorrenza: essa non dispone di una competenza generale ma agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri (art. 5 comma 2 TUE). Fra dette competenze rientra la competenza esclusiva in materia di concorrenza (art. 3 TFUE) e la competenza concorrente in materia di mercato interno (art. 2 TFUE).

È quindi nella (sola) prospettiva dell’implementazione della concorrenza e del mercato interno che si muove, e si può muovere, l’Unione europea, laddove i profili dell’ordinamento civile, del sistema penale e dell’organizzazione dello Stato e della finanza pubblica rimangono invece riservati allo Stato membro.

Le esigenze dell’erario e di amministrazione dell’interesse pubblico al quale è preordinata la commessa governano innanzitutto la principale scelta dell’Amministrazione, quella di stipulare il contratto e di destinare delle risorse all’operazione (sulla quale non intervengono le direttive, che danno piuttosto per presupposto detta decisione), in un duplice senso.

Da un lato non è ammissibile che un contratto sia stipulato al solo fine di implementare la concorrenza ma senza che vi sia un reale bisogno pubblico.

Dall’altro lato, decisa la necessità di stipulare un contratto da parte dell’Amministrazione, la gara è governata da regole proconcorrenziali ma non fino al punto di impedire l’acquisizione della commessa (come si vedrà *infra*, con riferimento ai vincoli di partecipazione e di aggiudicazione): se la gara è andata deserta non possono essere le regole concorrenziali a impedirne la stipulazione, sicché è ammesso lo svolgimento di una “*procedura negoziata senza previa pubblicazione*” (art. 63 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).

14.2. Le esigenze e le finalità proconcorrenziali non costituiscono una categoria unitaria ma si distinguono in ragione di plurimi aspetti. In particolare ciò avviene

rispetto agli istituti che vengono in evidenza con riferimento alla questione giuridica qui controversa: non è quindi sufficiente correlare l'ambito soggettivo di applicazione dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione alla finalità proconcorrenziale dell'istituto della suddivisione in lotti per giustificare la tesi espansiva (implicita).

14.3. La logica proconcorrenziale alla quale risponde la suddivisione in lotti è quella di consentire una maggiore partecipazione, visto il moltiplicarsi dell'offerta pubblica e la configurazione di gare maggiormente accessibili in quanto ad oggetto più limitato. Ciò al fine di affiancare a operatori forti (che parteciperebbero anche in caso di gara unitaria) le piccole e medie imprese (che sono nelle condizioni di partecipare solo a singoli lotti e la cui partecipazione varia anche in ragione della perimetrazione dei lotti). Il fine è evidente anche dalla formulazione letterale dell'art. 51 comma 1 del d. lgs. n. 50 del 2016, che collega direttamente la ripartizione della gara *“al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese”*: la finalità è individuata con riferimento alla suddivisione in lotti e veicola un'esigenza di accesso alla gara di un numero di imprese maggiore possibile, che possano comprendere anche le piccole e medie imprese, che altrimenti non potrebbero gareggiare (se non associandosi con altri).

La prospettiva quantitativa di offrire il confronto concorrenziale a più imprese possibili è stata riconosciuta dalla Corte di giustizia allorquando ha deciso in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara): *“è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto”* (sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273).

Ha poi aggiunto che *“sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico”*. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza. Non si può pertanto estendere il divieto di partecipazione *“alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure”* (CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07).

La suddivisione in lotti non ha invece, di per sé, quale finalità quella di disincentivare la partecipazione alla gara delle imprese più affermate sul mercato, evitando la concentrazione di potere economico, in quanto volta proprio ad aumentare i concorrenti in gara, non a limitarli.

Ogni singola impresa può infatti decidere di partecipare a tutti i lotti in gara: in generale, quando ci sono diverse gare, le scelte di partecipazione rientrano nella libertà economica di ogni singola impresa. La competizione concorrenziale è affidata alla logica di mercato e alle scelte imprenditoriali, sicché saranno le singole imprese a stabilire se sono in condizioni di presentare una o più offerte.

14.4. A fronte della suddetta funzione proconcorrenziale dell'istituto la suddivisione in lotti può presentare conseguenze negative nella prospettiva pubblicistica alla quale è preordinata la commessa, quali le diseconomie di scala, la minore coerenza prestazionale e la moltiplicazione delle procedure e del contenzioso (così anche la relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023, con riferimento all'art. 58).

Le direttive UE prevedono infatti la suddivisione in lotti come scelta discrezionale della stazione appaltante, facoltizzando gli Stati membri a prevederla come obbligatoria (art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE), benché ritengano che le Amministrazioni debbano *“essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti?”* e debbano esaminare, anche negli *“appalti di entità minore”* *“se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni?”* (considerando 78 della direttiva n. 2014/24/UE).

Con il d. lgs. n. 50 del 2016 la suddivisione in lotti è divenuta necessaria, salvo diversa, e motivata, decisione (art. 51 comma 1).

Nel fare ciò il legislatore italiano ha assicurato una piena attuazione alla logica proconcorrenziale rispetto a quella di efficienza della spesa pubblica e di tutela del contraente pubblico, laddove la direttiva, considerando non vincolata la scelta di suddividere in lotti, rende evidente come la Ue rispetti (anche) scelte diverse degli Stati membri.

Nondimeno la scelta compiuta in generale dal legislatore italiano, che può essere superata dalla stazione appaltante, garantisce un ragionevole contemperamento fra le ragioni della concorrenza e gli interessi pubblici e finanziari dell'Amministrazione.

Infatti le esternalità negative della suddivisione sono compensate dalla maggiore partecipazione alla gara, che aumenta la concorrenza anche sul prezzo o comunque sulla *performance* generale della commessa (con recupero, almeno parziale, delle economie di scala da parte delle società che se ne possono avvalere), e dalla maggiore possibilità di ottenere una migliore prestazione, in ragione della maggiore concorrenza e della possibilità di meglio enucleare le esigenze da soddisfare in relazione ai singoli lotti.

La necessaria suddivisione in lotti (salva una motivata determinazione di segno contrario dell'Amministrazione) risulta quindi idonea a raggiungere l'obiettivo della massima partecipazione, limitando il pregiudizio nella prospettiva prettamente contabilistica e di cura dell'interesse pubblico, oltre a poggiare su poche variabili e prevedibili effetti.

14.5. I vincoli di partecipazione e di aggiudicazione non possono essere assimilati all'istituto della suddivisione in lotti, né quanto a funzione proconcorrenziale, né quanto a modalità di contemperamento della stessa con le esigenze di cura dell'interesse pubblico all'acquisizione della commessa.

Come visto, i commi 2 e 3 dell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 introducono la facoltà (non l'obbligo) per le stazioni appaltanti di introdurre un vincolo di partecipazione (comma 2) o un vincolo di aggiudicazione (comma 3).

L'introduzione dei suddetti vincoli delinea una prospettiva che modifica l'impostazione di fondo della suddivisione in lotti, in quanto, riducendo le possibilità di partecipazione degli operatori interessati, e in particolare dei grandi operatori, cioè di coloro che hanno la possibilità di partecipare a più o a tutti i lotti, interviene sul dato quantitativo del numero dei possibili concorrenti in senso riduttivo.

Nel contempo aumenta le *chances* di vittoria delle piccole e medie imprese, così potendo produrre effetti di riduzione della concentrazione del potere economico

(non derivanti invece dalla suddivisione in lotti).

A fronte di effetti proconcorrenziali sullo stesso assetto del mercato di settore il costo dell'apposizione dei vincoli in esame deriva dalla rinuncia, almeno potenziale, a offerte che potrebbero assicurare una *performance*, finanziaria e di qualità, migliore rispetto a quelle in gara (così riducendo l'effetto, positivo per la stazione appaltante, della suddivisione in lotti).

In tale (duplice) prospettiva la possibilità di ridurre le scelte imprenditoriali di partecipazione e di aggiudicazione è configurata come scelta facoltativa nell'*an*, sia a livello interno sia a livello eurounitario: “*Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti?*” (così nell'art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE e analogamente nell'art. 51 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016): è quindi la stazione appaltante a decidere attraverso la *lex specialis*.

Il considerando 79 della direttiva n. 24/2014/UE è altrettanto eloquente dove afferma che, “*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?*”.

La discrezionalità della scelta di apporre i vincoli di partecipazione e di aggiudicazione poggia sulla consapevolezza circa:

- la complessità della stessa, che deve tener conto di plurimi presupposti ed effetti, vari e non predeterminabili;
- il non sicuro raggiungimento dell'obiettivo proconcorrenziale: in alcune condizioni di mercato potrebbe essere controproducente, infatti si è detto che nella relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023 si precisa che “*Questi vincoli andrebbero pertanto utilizzati solo se ci si aspetta un numero di partecipanti elevato?*”;
- l'impatto, difficilmente compensato, sulla posizione della singola Amministrazione.

Che la scelta dell'apposizione del vincolo di partecipazione debba tenere conto degli effetti dello stesso sulla prospettiva pubblicistica e contabile si desume anche dal considerando 79 della direttiva n. 24/2014/UE, che richiama il duplice scopo del vincolo, “*allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità*

dell'*approvvigionamento*'. Pertanto il legislatore eurounitario, pur riservando all'istituto una connotazione proconcorrenziale (propria delle attribuzioni allo stesso riservate), non tralascia di indicare, fra le ragioni da considerare per scegliere se apporre o meno il vincolo, la prospettiva contabilistica e di cura della commessa dal punto di vista dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione attraverso la stessa.

L'introduzione dei vincoli, essendo facoltativa, presuppone quindi una previa ponderazione, che tenga conto dei suddetti aspetti, valutandone l'attuazione in funzione delle ragioni connesse all'oggetto della commessa e all'interesse pubblico con la stessa perseguito, alle ragioni inerenti al relativo mercato, nonché alla perimetrazione dei lotti, alle caratteristiche della gara e ai criteri di aggiudicazione.

14.6. Se l'introduzione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione è il frutto della (sopra illustrata) discrezionalità della stazione appaltante, a maggior ragione è discrezionale la conformazione di detto vincolo e quindi l'estensione dello stesso oltre il singolo partecipante, al fine di comprendere una realtà imprenditoriale più vasta.

Di talché anche detta scelta, oltre a quella di apporre il vincolo di partecipazione, deve poggiare su considerazioni ragionevoli e tenere conto di una realtà complessa, della tipologia di obiettivo proconcorrenziale e dell'impatto sulla posizione dell'Amministrazione.

La valutazione dei presupposti della scelta amministrativa, la complessità della stessa e le plurime circostanze da considerare e da correlare ai possibili effetti non supporta necessariamente l'espansione soggettiva del vincolo allorquando giustifica l'apposizione dello stesso. In altre parole, non sempre, allorquando sussistono i presupposti per stabilire un vincolo di partecipazione o di aggiudicazione, i medesimi presupposti conducono, senza soluzione di continuità, all'espansione soggettiva di detto vincolo (nei termini che saranno approfonditi *infra*).

Non è infatti escluso che la stazione appaltante possa ritenere che vi siano i presupposti per l'apposizione del vincolo ma non quelli per l'espansione soggettiva dello stesso al di là della soggettività che ha sottoscritto l'offerta.

Né il riferimento al fatto che la scelta dell'apposizione dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione è subordinata all'attesa di *“un numero di partecipanti elevato”* rende (così la relazione al codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023) necessariamente giustificata anche l'estensione soggettiva del vincolo stesso.

E ciò in quanto la valutazione cambia a seconda che si debbano considerare l'offerente in quanto tale o la realtà più complessa alla quale appartiene.

A titolo meramente esemplificativo la presenza di plurime soggettività giuridiche, appartenenti a pochi gruppi, potrebbe indurre l'Amministrazione ad apporre un vincolo di partecipazione, al fine ad esempio di veicolare e indirizzare le offerte in ragione del radicamento geografico della singola persona giuridica. Allo stesso tempo la stazione appaltante potrebbe ritenere di non espanderlo all'intero gruppo per evitare che la gara di alcuni lotti vada deserta o per non privarla di un minimo di competizione (specie nel caso nel quale il settore di mercato sia caratterizzato dalla sola presenza di pochi gruppi). E ciò nel rispetto della prospettiva pubblicistica e contabilistica che affianca quella concorrenziale nell'informare le regole di gara (di cui si è sottolineata sopra la rilevanza, specie con riferimento alla necessità di assicurare l'acquisizione della commessa).

La stessa relazione al codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023 dà conto delle diverse valutazioni che possono sovrintendere all'estensione soggettiva del vincolo.

Dapprima si legge che *“sull'estensione del vincolo dalla singola impresa all'unitario centro decisionale, la giurisprudenza più recente (CDS, V, n. 4726/2022; III, n. 4625/2022; 6481/2021) opta per una soluzione diversa a seconda della finalità del vincolo”* distinguendo *“a seconda che tale vincolo persegua una finalità legata alla prestazione contrattuale ovvero una finalità di tipo antitrust: con il problema, in questo caso, di individuare il mercato di riferimento”*. Il rilievo, cioè la diversità fra le modalità di estensione soggettiva del vincolo a seconda del motivo di apposizione del vincolo, trova conferma nel successivo richiamo a una versione poi superata della formulazione dell'articolo, che lo espandeva, in caso di apposizione *“per ragioni relative al relativo mercato”* (e quindi non anche per finalità di tipo *“antitrust”*), *“anche all'unitario centro decisionale”*. Il che rende evidente che le ragioni (complesse) di apposizione del vincolo

potrebbero indurre l'Amministrazione a decidere diversamente sull'ambito soggettivo di applicazione dello stesso (in relazione alle caratteristiche della gara o del mercato di riferimento e dell'oggetto della misura concorrenziale), non potendosi dare per implicita un'opzione che richiede di essere invece delineata in ragione degli specifici presupposti e fini della stessa.

La valutazione è complessa e dipende da numerose variabili, difficilmente contemperabili in modo preventivo e univoco. Sicché non risulta sufficiente neppure sottolineare come l'espansione automatica del vincolo non impedisce all'Amministrazione di decidere diversamente, esplicitando una volizione opposta.

Ritenere che il vincolo di partecipazione si estenda sempre, in mancanza di una specifica determinazione in tal senso della stazione appaltante, a operatori e aziende diverse ma facenti parte di una stessa realtà imprenditoriale può infatti voler dire non solo non compulsare l'Amministrazione a svolgere la suddetta valutazione ma anche non valutare la tipologia di estensione adeguata alla specifica gara (nei termini di cui *infra*, al punto 14.13).

14.7. Del resto le limitazioni soggettive alla partecipazione alle gare non solo incidono sul principio di massima partecipazione alle gare, così richiedendo di essere valutate in termini di proporzionalità (fra obiettivo e regola di gara), ma costituiscono, più in generale, una forma di limitazione della libertà economica, che risultano giustificate in quanto ragionevolmente connesse a interessi generali, fra i quali la concorrenza, quale caratteristica strutturale del mercato, che costituisce condizione affinché la libertà di iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale (Corte cost. 23 maggio 1990 n. 241).

Senonché l'ammissibilità di restrizioni alla libertà economica è subordinata non solo alla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale ma anche al rispetto del principio di proporzionalità, che implica che esse siano idonee a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedano quanto necessario per conseguirlo (Corte cost. 7 marzo 2024 n. 35 e CGUE 8 giugno 2023, C-50/21).

Sicché la stessa interpretazione delle norme che prevedono dette restrizioni deve rispondere ai suddetti canoni, con le dovute conseguenze sull'esegesi dell'ambito

soggettivo di applicabilità delle disposizioni che stabiliscono il vincolo di partecipazione o di aggiudicazione, specie se si rivelano *ex ante* inidonee a perseguire la finalità che le giustifica.

14.8. Necessità di approfondimento anche l'ulteriore argomento speso a favore dell'estensione soggettiva automatica del vincolo nel silenzio della legge di gara, basato su una nozione ampia (sopra richiamata) di “offerente” (o sulla nozione analoga di “concorrente”), utilizzato nell' art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 e nell'art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE, che “*va evidentemente intesa in senso sostanziale e funzionale, dunque in modo da “dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva”*” (Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003 e sez. V, 27 settembre 2021 n. 6481).

In base all'art. 2 par. 1 n. 11 della direttiva n. 2014/24/UE l'offerente è “*un operatore economico che ha presentato un'offerta*”.

L'art. 2 par. 1 n. 10 della direttiva n. 2014/24/UE definisce l'operatore economico come “*una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*” (in termini l'art. 3 lett. p) del d. lgs. n. 50 del 2016).

Quando la disciplina di settore si riferisce all'operatore economico che partecipa alla gara fa riferimento all'operatore (sia esso singolo o associato) che ha sottoscritto l'offerta, al fine di sottoporlo a una serie di valutazioni volte ad assicurare l'integrità e l'affidabilità dello stesso e dell'offerta presentata.

La definizione è quindi funzionale a individuare con certezza (sulla base dell'offerta) l'operatore economico che partecipa alla gara in colui che ha sottoscritto l'offerta.

In detto contesto sono ridotte le ipotesi in cui il legislatore ha attribuito rilevanza a circostanze ulteriori caratterizzanti, anzi alteranti, il profilo soggettivo dell'offerente e le ha disegnate, comunque, quali forme patologiche, da espellere dalla gara in quanto idonee ad alterarne il confronto concorrenziale. È il caso della fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione delle offerte riconducibili a un medesimo centro decisionale, così rendendo necessario disvelare la presenza di un centro di

imputazione di interessi celato dalla presentazione di più offerte e che richiede, al fine appunto di attribuire la titolarità dell'offerta a una realtà più vasta rispetto all'offerente, che vi siano specifici indici desumibili dall'offerta stessa (*“un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte”*, così CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07), così ribadendo la centralità di questa al fine di individuare la soggettività partecipante alla gara.

Diversamente dall'art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016 l'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 detta alla stazione appaltante regole di organizzazione della gara che disciplinano il fisiologico svolgimento della stessa e presuppone quindi, in assenza di diversi ed espressi indici normativi, che l'operatore economico che partecipa alla gara sia colui che ha presentato l'offerta, non potendo quindi farsi applicazione del principio dell'apparenza del diritto, generalmente volto alla tutela di posizioni che altrimenti ne rimarrebbero prive, mentre nel caso del gruppo la responsabilità della capogruppo è espressamente sancita e regolamentata dall'art. 2497 c.c. (sicché, anche sotto tale profilo, la presenza del gruppo non mette in pericolo la posizione dell'Amministrazione).

Pertanto, ritenere che la nozione di operatore economico offerente di cui all'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 si riferisca a una realtà imprenditoriale più vasta, non desumibile con certezza sulla base della sottoscrizione dell'offerta, non solo non poggia su indici interni alla stessa disciplina di settore che ne supportino una siffatta esegesi ma si pone in contrasto con la normativa.

Non si rinviene quindi ragione per ritenere che l'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, quando si riferisce all'“offerente” o alla presentazione delle offerte (commi 2 e 3), si discosti dalla nozione generalmente utilizzata di operatore economico e di offerente.

Del resto, la necessità dell'avvalimento infragruppo, ribadita dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2019 n. 965), presuppone la convinzione che l'alterità soggettiva osti alla certezza dell'impegno necessario alla stazione appaltante per ammettere l'offerta, nonostante l'appartenenza al medesimo gruppo (la cui nozione sconta comunque le differenti concezioni di gruppo societario presenti nel contesto internazionale). E ciò viene richiesto nonostante, nel caso di

avvalimento infragruppo, l'utilizzo della nozione di gruppo potrebbe essere funzionale ad agevolare le possibilità di partecipazione alla gara.

In detto contesto non si rinviene la ragione per la quale, quando una società intende avvalersi di un'altra al fine di presentare l'offerta, la società ausiliaria e la società ausiliata sono considerate distinte anche se appartenenti al medesimo gruppo, imponendo adempimenti partecipativi che rendono onerosa la presentazione dell'offerta, nel caso invece in cui le società appartenenti al medesimo gruppo vogliano partecipare in modo distinto (aumentando quindi il numero dei partecipanti alla gara), dovrebbero essere (necessariamente) considerate congiunte.

14.9. Lo stesso criterio della neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti, delineata dalla giurisprudenza e attualmente richiamata nel considerando 14 e nell'art. 19 par. 1 della direttiva 2014/24/UE, non depone nel senso di alterare la nozione di operatore economico in modo da poterne riferire la nozione a operatori economici che non risultano dall'offerta.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha delineato un'ampia nozione di operatore economico, idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato *“a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare”* (CGUE, sez. X, 11 giugno 2020, C-219/19). E ciò al fine di favorire un'ampia partecipazione alla gara e di assicurare un pieno confronto concorrenziale, evitando che questioni attinenti alla modalità di costituzione o all'adozione di particolari forme giuridiche possa impedire il riconoscimento della soggettività dell'operatore economico offerente (nei termini di cui all'art. 3 lett. p) del d. lgs. n. 50 del 2016), così ostando all'ammissione dell'offerta e diminuendo le possibilità di partecipazione alla gara. La prospettiva è quindi diversa da quella che coinvolge la questione della partecipazione alla gara di imprese fra loro collegate, delle quali non è in discussione il riconoscimento della singola soggettività giuridica, anzi spesso avente la forma della personalità giuridica, ma piuttosto il superamento di detta personalità al fine di considerare il gruppo un'unica entità,

così diminuendo le possibilità partecipative delle singole soggettività facenti parte dello stesso e il numero degli operatori che si contendono la commessa pubblica.

14.10. Anche l'ordinamento italiano è informato al principio dell'alterità soggettiva di ogni persona giuridica, seppur facente parte del medesimo gruppo. Detta appartenenza, infatti, non è ritenuta idonea a superare la soggettività della singola società che ne fa parte (art. 2497-*sexies* c.c.).

La presenza di un'attività dell'ente di direzione distinta rispetto a quella che viene ordinariamente svolta attraverso l'esercizio dei comuni diritti che derivano ai soci (anche di maggioranza) dalla mera partecipazione al capitale sociale, e che, a differenza di questi, richiede l'attuazione di condotte continuative e sistematiche, eventualmente tradotte anche in atti negoziali, dirette alla adozione ed imposizione di soluzioni organizzative ed imprenditoriali a livello strategico di gruppo di imprese non è infatti sufficiente a incidere sul profilo giuridico dell'alterità soggettiva, che, anzi, sottende la *“necessaria pluralità dei soggetti eterodiretti?”* (Cass. civ., sez. III, 1 giugno 2021 n. 15276): *“L'apprrezzamento di esistenza di un gruppo implica certamente l'esistenza di più società”* (Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019 n. 24943).

La disciplina dei gruppi non supera quindi la nozione giuridica di alterità soggettiva delle società che ne fanno parte.

La stessa responsabilità della società che esercita l'azione di direzione e coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori delle società eterodirette, infatti, si aggiunge, non si sostituisce, alla responsabilità degli organi di vertice di queste ultime (*“la circostanza che l'amministratore sia rimasto di fatto estraneo alla gestione della stessa, avendo consentito ad altri di ingerirsi nella conduzione dell'impresa sociale o essendosi limitato ad eseguire decisioni prese in altra sede, non è sufficiente ad escludere la sua responsabilità, riconducibile all'inosservanza dei doveri posti a suo carico dalla legge e dall'atto costitutivo, la cui assunzione, collegata all'accettazione dell'incarico, gli imponeva di vigilare sull'andamento della società e di attivarsi diligentemente per impedire il compimento di atti pregiudizievole”*), così Cass. civ., sez. I, ordinanza 3 marzo 2021 n. 5795) e può essere esercitata solo dopo che l'azione avverso questi ultimi è risultata infruttuosa (art. 2497 comma 3 c.c.).

Persino nel caso delle società *in house*, laddove è l'ordinamento (pubblicistico) a prevedere, su sollecitazione del diritto e della giurisprudenza eurounitaria, il superamento dell'alterità soggettiva in ragione del rapporto della società con l'ente pubblico e allo specifico fine di attrarre dette soggettività all'applicazione della disciplina sull'evidenza pubblica, che altrimenti rimarrebbe inattuata in un settore così rilevante, il legislatore ha precisato che esse rimangono comunque soggette alla disciplina della crisi d'impresa prevista per le medesime (e non per l'ente pubblico di cui costituiscono la *longa manus*), così assicurando comunque l'alterità soggettiva con riferimento all'aspetto della responsabilità patrimoniale, che più tipicamente connota le persone giuridiche "artificiali" (costituendo la ragione ultima della relativa configurazione).

14.11. Né, infine, l'espansione automatica del vincolo può derivare da un silenzio significativo dell'Amministrazione, atteso che non è così qualificato espressamente dal legislatore e che non risponde ai criteri generali dettati dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (a tacer d'altro relativi a procedimenti individuali a istanza di parte), non applicabili al caso in esame, nel quale viene in evidenza una scelta complessa, che si ripercuote su un atto generale.

14.12. Detto ciò, le successive osservazioni danno conto dell'incerta definizione del perimetro di espansione del vincolo e della conseguente criticità rispetto al principio della trasparenza delle regole di gara. Esse costituiscono ulteriori argomenti a supporto della necessità che sia la stazione appaltante a stabilire espressamente l'estensione soggettiva del vincolo e il perimetro di tale espansione e, nel contempo, evidenziano ulteriori profili di incertezza, che necessitano di essere deferiti all'Adunanza plenaria quali quesiti subordinati, nel caso in cui la stessa decida nel senso dell'estensione automatica del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione nel silenzio della legge di gara sul punto.

14.13. L'estensione soggettiva del vincolo al di là del singolo operatore offerente (nel silenzio della legge di gara sul punto), anche quando ritenuta implicita nell'apposizione dello stesso, è stata variamente interpretata, così da rendere incerta la definizione del perimetro di detta espansione.

La giurisprudenza ha infatti individuato il parametro dell'espansione del vincolo di partecipazione oltre la singola soggettività che ha presentato l'offerta facendo riferimento a nozioni diverse.

In alcuni casi sono richiamate le nozioni di *“sostanziale unitarietà della proposta negoziale”* o di *“unico centro decisionale”* (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2022 nn. 8726, 8729 e 8730 e 27 settembre 2021 n. 6481).

Quest'ultima decisione mutua dall'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 la nozione di unico centro decisionale (per adattarlo alla diversa fattispecie di cui all'art. 51), così attribuendo all'espansione soggettiva (implicita) del vincolo di cui all'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 una portata potenzialmente più circoscritta, da valutare in concreto, rispetto alle relazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. (*“l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*), così la richiamata lett m).

In detta sentenza, alla quale hanno fatto seguito altre (Cons. St., sez. VII, 17 gennaio 2023 n. 582 e sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003), il vincolo è stato ritenuto implicitamente esteso agli operatori economici *“sostanzialmente riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad un'organizzazione economica operante, a guisa di grande operatore di mercato, in forma di holding”*.

Nella sentenza n. 9003 del 2022 si richiama un precedente (Cons. St., sez. V, 10 dicembre 2021 n. 8245, riferito espressamente alla fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016), in base al quale *“è necessario che si configuri una sorta di fenomeno simulatorio di gruppo societario, con intermediazione di società (apparentemente) controllate ma di fatto coincidenti con la controllante, di modo che gli affidamenti aggiudicati alle prime finiscano per essere in concreto attribuiti a quest'ultima, violando la ratio distributiva della norma e della previsione del bando di gara”*, specificando che ciò avviene *“non solo nel caso paradigmatico in cui il gruppo societario sia stato (fittiziamente) costituito al fine di aggirare il divieto dell'aggiudicazione di più lotti nella singola gara, ma anche quando vi siano indici presuntivi di un accordo fra le varie società del gruppo,*

diretto a creare un'impresa unica, con direzione unitaria e patrimoni destinati al conseguimento di una finalità comune”.

In altri casi si fa riferimento ai rapporti di controllo di cui all'art. 2359 c.c. (Cons. St., sez. V, 27 novembre 2020 n. 7455), relazionandoli al concetto di gruppo societario (Cons. St., Sez. III, n. 7 giugno 2022 n. 4625 e sez. V, 18 marzo 2021 n. 2350, o al “*medesimo gruppo ai sensi dell'art. 2359 c.c.*” di cui Cons. St., sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127) o congiuntamente all'unicità del centro decisionale e ai rapporti privilegiati fra società (Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2023 n. 652 e 9 giugno 2022 nn. 4718, 4725 e 4726).

Da ultimo, nelle sentenze nn. 2052 e 2149 del 2024 si fa riferimento al “*collegamento tra imprese, ovvero di qualsiasi altra forma partecipativa espressiva di una medesima realtà imprenditoriale, riconducibile ad un unico centro di imputazione di interessi?*”.

La stessa relazione che accompagna l'approvazione del codice di cui al d. lgs. n. 36 del 2023 dà conto della diversa estensione attribuita a detto vincolo dalla giurisprudenza, motivando la varietà di soluzioni in ragione del fatto che “*la giurisprudenza più recente (CDS, V, n. 4726/2022; III, n. 4625/2022; 6481/2021) opta per una soluzione diversa a seconda della finalità del vincolo (a seconda che tale vincolo persegua una finalità legata alla prestazione contrattuale ovvero una finalità di tipo antitrust: con il problema, in questo caso, di individuare il mercato di riferimento)*”.

Pertanto sono plurime le nozioni utilizzate per delineare i confini dell'estensione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione, che evidenziano comunque il tentativo di circoscriverne la portata a casi nei quali vi sono indici sostanziali di unitaria gestione dell'impresa, così da superare un'estensione più lata, che poggia sull'indice, più certo, di cui all'art. 2359 c.c., che non risulta sempre commisurato al settore di mercato interessato dalla gara (richiedendo all'evidenza una valutazione delle concrete circostanze di gara).

Si rileva peraltro che il recente orientamento sopra richiamato (sez. VII, 17 gennaio 2023 nn. 579 e 582, di cui al punto 11) fonda la valutazione di violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c-bis) del d. lgs. n. 50 del 2016 sulla nozione di unico centro decisionale, così delineando la violazione della diversa causa escludente

allorquando le società che fanno parte dell'unico centro decisionale dimostrano l'intento di eludere il vincolo (di partecipazione o di aggiudicazione).

E all'incertezza in ordine al perimetro soggettivo di estensione del vincolo si accompagna la varietà di indici presuntivi della sussistenza della condizione che determina l'espansione dello stesso. A titolo meramente esemplificativo, e al fine di evidenziare la difficoltà di perimetrazione dell'estensione soggettiva (implicita) del vincolo, si dà conto di un caso nel quale la sussistenza di un “*unico centro decisionale delle offerte proposte da quattro operatori economici*” è stata accertata ritenendo rilevanti indici in parte tipici del rapporto di controllo e collegamento fra società (e quindi indicative dell'esistenza di un gruppo) e in parte invece sintomatici di quell'unico centro decisionale (cariche sociali ricoperte dalle medesime persone fisiche, contestualità temporale di presentazione delle offerte, medesime carenze nei dgue e fidejussioni rilasciate dai medesimi intermediari finanziari) che è alla base della causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 (sentenze nn. 2052 e 2149 del 2024).

Sicché il parametro dell'espansione soggettiva è di contenuto incerto e gli stessi indici posti alla base della valutazione di estensione soggettiva del vincolo sono vari e risentono di plurime circostanze, il cui esame complessivo difficilmente dà un risultato prevedibile con certezza e quindi evitabile da parte dell'operatore economico.

La stessa possibilità che il vincolo di partecipazione possa espandersi in modo vario e non prevedibile rende improponibile un'estensione soggettiva dello stesso che avvenga senza che sia specificato il parametro certo che possa orientare gli operatori interessati, pena la violazione delle esigenze di trasparenza che costituiscono il corollario del principio di parità di trattamento (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18) e che impongono che le regole di gara siano stabilite e rese pubbliche prima della gara e non successivamente.

L'obbligo di trasparenza impone infatti non solo che “*tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione*” ma anche che quelle inerenti l'applicazione di cause limitative della partecipazione e/o dell'aggiudicazione debbono essere formulate “*in maniera chiara, precisa e univoca*” dalla legge e dalla disciplina speciale della singola

gara, senza poter di contro essere desunte sulla base di una mera interpretazione estensiva (CGUE, 10 novembre 2016, in cause C-140/16, C-697/15, C-162/16).

L'art. 58 del d. lgs. n. 36 del 2023 stabilisce infatti che la stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, *“anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile”* e che *“al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare”*: così facendo è individuato in modo certo il parametro dell'estensione e gli stessi indici sintomatici, che la stazione può decidere di prevedere *“anche”* nei confronti di più concorrenti che ne integrino i presupposti.

14.14. L'incertezza sopra descritta si ripercuote sulle conseguenze, pure incerte, delle conseguenze della violazione del vincolo.

Se non è preventivabile l'ambito di espansione soggettiva del vincolo, neppure possono essere previamente previste le offerte che sono *“a rischio”* di essere in sovrannumero e quindi di essere escluse.

Il legislatore ha invece delineato un sistema nel quale l'offerente è nelle condizioni di sapere il rischio che corre quando presenta una pluralità di offerte.

L'art. 51 comma 3 del d. lgs. stabilisce che le stazioni appaltanti *“nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati”* (come detto la previsione è destinata al vincolo di aggiudicazione ma viene applicata anche al vincolo di partecipazione, come evidente nella gara qui controversa).

La disciplina recata dall'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016:

- pone l'operatore economico, quando presenta l'offerta, nelle condizioni di poter calcolare l'effetto di un'eventuale violazione della regola, regolandosi di conseguenza (non presentando offerta in alcuni lotti se non ritiene conveniente l'ordine stabilito dalla stazione appaltante);
- individua le conseguenze della violazione del vincolo nel solo ripristino della legalità violata, nel senso che non è prevista una generale esclusione da tutti i lotti

ma solo l'espulsione delle offerte presentate in soprannumero sulla base della griglia predeterminata dalla stazione appaltante (e contenuta nel par. 3.1. del disciplinare).

Nel caso di estensione soggettiva implicita l'applicabilità dell'elenco predisposto dalla stazione appaltante sconta una variabile non considerata, quella della presenza di più soggetti (appartenenti alla più ampia realtà imprenditoriale) fra i quali scegliere. Il solo elenco, in ordine decrescente, dei lotti, al fine di individuare le offerte in soprannumero, non considera che in qualche lotto potrebbe essere stata presentata l'offerta da parte di più di un soggetto appartenente alla più vasta realtà imprenditoriale, così non rendendo certa la regola (di espulsione delle offerte in soprannumero) predeterminata.

Detta evenienza mette in evidenza un altro aspetto.

Allorquando le società appartenenti a una più ampia realtà imprenditoriale (alla quale si estende il vincolo di partecipazione o di aggiudicazione) presentano offerte su più lotti, vi sono due eventualità.

Se l'estensione soggettiva implicita viene applicata sulla base della nozione di gruppo, questa assicura un certo grado di certezza alle condizioni di partecipazione, pur prefigurando un trattamento più severo rispetto a quello che subirebbero presentando più offerte nell'ambito dello stesso lotto. Infatti, allorquando più società appartenenti al medesimo gruppo presentano offerta nell'ambito di una stessa gara (qui un unico lotto) la violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016 (che presidia la concorrenza per il mercato) non consegue alla sola esistenza di un gruppo, necessitando comunque che sussistano *“indizi gravi, precisi e concordanti in grado di dimostrare in termini presuntivi ex art. 2727 cod. civ. la sussistenza dell'unicità del centro decisionale”* (Cons. St., sez. V, primo luglio 2022 n. 5499 e CGUE, sez. IV, 15 settembre 2022, C-416/21).

Se l'estensione soggettiva implicita viene applicata sulla base della nozione di unico centro decisionale (o su analogo nozione di sostanziale unicità dell'offerta) essa sconta non solo l'incerto confine ma anche la difficoltà di riscontrare l'integrazione del presupposto sulla base di offerte presentate in lotti diversi, oggetto di distinte procedure.

L'estensione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione richiede quindi, anche in tale prospettiva, di essere valutata rispetto alla specifica gara in termini di proporzionalità, che altrimenti un'espansione automatica, non adeguatamente ponderata, potrebbe essere foriera di possibili distorsioni.

La stessa difficoltà di accertamento della violazione potrebbe richiedere di essere accompagnata da modalità di organizzazione della gara (dagli oneri dichiarativi all'attività della Commissione di gara) che richiedono di essere predeterminati.

14.15. Sicché risulta ancor più evidente che è necessario che l'Amministrazione valuti l'opportunità dell'estensione soggettiva del vincolo in relazione alle caratteristiche della specifica gara, espliciti la scelta compiuta e stabilisca il perimetro dell'estensione soggettiva, organizzando la procedura e imponendo agli operatori interessati il rispetto degli eventuali oneri aggiuntivi, necessari per assicurarne il rispetto, oltre che stabilendo il criterio per individuare le offerte in soprannumero.

14.16. In ragione dei suddetti motivi il Collegio ritiene che non possa darsi seguito all'orientamento che considera implicita l'espansione del vincolo nell'apposizione dello stesso.

Il Collegio non ignora che detta impostazione può comportare, nel breve termine, un mancato superamento della concentrazione delle commesse (così le sentenze nn. 2052 e 2149 del 2024), che è speculare al rischio correlato, nel breve termine, all'opposta esegesi, derivante dall'incertezza delle regole di gara.

Anche a medio-lungo termine l'impostazione alla quale aderisce il Collegio comporta il rischio che la stazione appaltante non eserciti il potere discrezionale di estendere il vincolo di partecipazione e di aggiudicazione non svolgendo il relativo approfondimento e il conseguente pericolo di non intervenire in funzione disincentivante delle concentrazioni.

Senonché compulsare un atteggiamento attivo delle stazioni appaltanti sul punto e l'esercizio della potestà discrezionale di configurazione della gara in luogo di una previsione generalizzata di estensione del vincolo:

- consente di assicurare alle gare un assetto che persegue in modo più efficiente entrambe le sopra richiamate linee direttrici alle quali sono informate le stesse e

risulta maggiormente coerente con le specificità della singola procedura e con i principi di proporzionalità, massima partecipazione e trasparenza;

- è rispettoso dell'impostazione veicolata nella direttiva n. 24/2014/UE, volta a fare affidamento sulle capacità di apprezzamento delle stazioni appaltanti (a titolo esemplificativo considerando nn. 15, 42, 46, 48, 61, 78, 79, 83, 97, 99 e 101), poi recepita dal diritto positivo con il principio della fiducia declinato espressamente nell'art. 2 del codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023;

- valorizza il dovere insito nella potestà pubblica, che non si esclude che possa essere fatto valere in sede di impugnazione del bando se rende "*la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile*", a supporto dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (Ad. plen. 26 aprile 2018 n. 4),

- è maggiormente rispettosa della libertà di iniziativa economica.

15. Terminato l'approfondimento, il Collegio ritiene che l'esigenza prioritaria sia rappresentata dalla necessità di dare certezza al tema superando il contrasto giurisprudenziale in merito all'ambito di applicazione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione in mancanza di una disposizione espressa sul punto della legge di gara.

A tal fine deferisce la questione all'Adunanza plenaria, ponendo i seguenti quesiti:

- se il vincolo di partecipazione e il vincolo di aggiudicazione previsti nella legge di gara si espandono oltre l'operatore economico offerente, nel caso in cui la medesima legge di gara non rechi una specifica indicazione in tal senso;

- nel caso di risposta positiva al suddetto quesito, quale sia il parametro di riferimento di detta espansione soggettiva, quali indici debbano essere considerati al fine di valutarne l'integrazione e quale criterio debba essere utilizzato per individuare le offerte da escludere in quanto in soprannumero.

16. In conclusione, il Collegio sottopone all'Adunanza Plenaria le questioni indicate in dispositivo, che rilevano per la decisione del primo profilo del primo motivo di appello.

Le restanti censure, contenute nel secondo, terzo e quarto motivo d'appello, oltre che nel secondo e terzo profilo del primo motivo d'appello, sono già state decise con sentenza parziale 12 agosto 2024 n. 7104.

Salvo che l'Adunanza plenaria intenda decidere per intero la causa, si riserva, all'esito della restituzione degli atti da parte dell'Adunanza plenaria, la decisione del primo profilo del primo motivo dedotto con il ricorso in appello, alla luce dei principi di diritto che l'Adunanza plenaria enuncerà.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in relazione al primo profilo del primo motivo, deferisce le seguenti questioni all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato:

- 1) se il vincolo di partecipazione e il vincolo di aggiudicazione previsti nella legge di gara si espandono oltre l'operatore economico offerente, nel caso in cui la medesima legge di gara non rechi una specifica indicazione in tal senso;
- 2) nel caso di risposta positiva al suddetto quesito, quale sia il parametro di riferimento di detta espansione soggettiva, quali indici debbano essere considerati al fine di valutarne l'integrazione e quale criterio debba essere utilizzato per individuare le offerte da escludere in quanto in soprannumero.

Salvo che l'Adunanza plenaria intenda decidere per intero la causa *ex art.* 99 comma 4 c.p.a. si riserva, all'esito della restituzione degli atti da parte dell'Adunanza plenaria, la decisione del merito alla luce dei principi di diritto che l'Adunanza plenaria enuncerà.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO