

Pubblicato il 12/10/2022

N. 08730/2022REG.PROV.COLL.
N. 10782/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10782 del 2021,
proposto da

Telecom Italia S.p.a. - Tim S.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria del
costituendo RTI, Deloitte Risk Advisory S.r.l., Siav S.p.a., Gpi S.p.a., Fincons
S.p.a., in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI, tutte in
persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese
dall'avvocato Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di
Villa Sacchetti 9;

contro

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via
dei Portoghesi, 12;

Sistemi Informativi s.r.l., Dedagroup Business Solution S.r.l., in persona dei
rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato

Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Almaviva Digitaltec S.r.l., Consorzio Reply Public Sector, Sopra Steria Group S.p.a., Onit Group S.r.l., P.A. Advice S.p.a., Geek Logica S.r.l., Rti Schema31 S.p.a., Sistemi Informativi S.r.l., Dedagroup Business Solutions S.r.l., Vitrociset S.p.a., Exprivia S.p.a., Rti Lutech S.p.a., Rti Ads Automated Data Systems S.p.a., Rti Data Processing S.p.a., Links Management And Technology S.p.a., Skyit S.r.l., Rti Etna Hitech S.c.p.a., non costituiti in giudizio;

Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa, Riccardo Gai, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

Accenture Technology Solutions S.r.l., Hspi S.p.a., Sofiter Tech S.r.l., Expleo Italia S.p.A., Ifm S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Fabio Elefante, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Capgemini Italia S.p.a., Indra Italia S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Marco Napoli, Mario Benedetti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Maggioli S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Clarich, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi, 32;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 23 novembre 2021, n. 12052/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.a., di Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., di Accenture Technology Solutions S.r.l., di Hspi S.p.a., di Sofiter Tech S.r.l., di Expleo Italia S.p.a., di Ifm S.r.l., di Capgemini Italia S.p.a., di Indra Italia S.p.a., di Sistemi Informativi S.r.l., di Dedagroup Business Solution S.r.l. e di Maggioli S.p.a.;

Visto l'appello incidentale proposto dalla Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2022 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Marini, Leozappa, Elefante, Napoli, anche per l'avv. Benedetti, Cassamagnaghi, Clarich e dello Stato Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le società appellanti, già originarie ricorrenti - Telecom Italia S.p.a. - Tim S.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con le mandanti Deloitte Risk Advisory S.r.l., Siav S.p.a., GPI S.p.a. e Fincons S.p.a. (di seguito solo *“Telecom”* o *“RTI Telecom”*) - impugnano, domandandone la riforma, la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. II, 23 novembre 2021, n. 12052 che ha respinto il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione del Lotto 5 della gara a procedura aperta indetta da Consip S.p.a. per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, suddivisa in 9 lotti, *“per la conclusione di un Accordo Quadro ai sensi del d.lgs. n. 50/2015 avente ad oggetto l'affidamento di servizi applicativi in ottica cloud e l'affidamento di servizi di PMO per le Pubbliche Amministrazioni”*.

2. Le appellanti espongono:

- che, con bando di gara pubblicato in G.U.U.E. il 24 febbraio 2020, successivamente rettificato, Consip S.p.a. indiceva la procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro sopra indicato, da aggiudicarsi con il

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ai sensi degli artt. 60 e 95 d.lgs. n. 50/2016 e dell'importo complessivo a base di gara pari ad € 1.202.000.000,00;

- che l'appalto veniva suddiviso in 9 lotti *“merceologici, geografici e dimensionali”*, a loro volta articolati in tre gruppi: Lotti Applicativi *“Grandi Contratti”* (per appalti specifici di importo superiore a euro 5.000.000,00, in cui rientravano il lotto 1 e il lotto 2); Lotti Applicativi *“Medi – Piccoli Contratti”*, per appalti specifici di importo uguale o inferiore a euro 5.000.000,00 (lotto 3, lotto 4, lotto 5); *“Lotti PMO”* (acronimo che sta per *“Program Management Office”*, ovvero i lotti 6, 7, 8, e 9);

- che l'aggiudicazione di ciascuno dei Lotti Applicativi (Lotti 1, 2, 3, 4 e 5) era prevista *“in favore di più operatori economici con i quali verrà stipulato un Accordo Quadro per ogni Lotto”* e il numero degli aggiudicatari di ciascun accordo quadro era determinato in funzione del numero delle offerte valide ricevute, secondo una specifica tabella di corrispondenza tra numero di offerte presenti nella graduatoria e numero di fornitori aggiudicatari (art. 22 del Capitolato d'oneri);

- che la Stazione appaltante precisava che *“eventuali variazioni, per esclusioni (es: mancato superamento dell'eventuale verifica di anomalia; esito negativo delle verifiche sui requisiti generali o speciali) o mancate conferme dell'offerta, che dovessero intervenire dopo l'assegnazione da parte della Commissione giudicatrice del punteggio totale (P_{totale}) alle offerte, non avranno effetto sul numero degli aggiudicatari di ciascuno dei lotti 1, 2, 3, 4 e 5 dell'AQ, che resterà pertanto immutato, potendo, al più, determinarsi uno scorrimento della relativa graduatoria, con la conseguenza, in quest'ultimo caso, di far acquisire lo status di aggiudicatario ad un concorrente che ne era originariamente sprovvisto”*;

- che la legge di gara: 1) introduceva (all'art. 3.1 del Capitolato d'oneri) un vincolo di partecipazione a più lotti, e segnatamente: a) un vincolo di partecipazione tra Lotti Applicativi (1, 2, 3, 4 e 5) e Lotti PMO (6, 7, 8 e 9); b) un vincolo di partecipazione, nell'ambito dei Lotti Applicativi, tra *“Grandi Contratti”* (1 e 2) e i lotti *“Medi-Piccoli Contratti”* (3, 4 e 5); 2) stabiliva, in particolare, che *“la suddivisione dimensionale, geografica e per comparto”* dei lotti

applicativi era volta a *“favorire la partecipazione delle PMI con competenze tecnologiche specifiche per il comparto e/o presenti sul territorio”*, mentre *“il vincolo di partecipazione di cui alla lettera b) si è reso necessario per indirizzare gli operatori economici sulla base delle proprie capacità dimensionali e finanziarie, permettendo anche ad aziende non leader di mercato di concorrere ad iniziative di aggregazione della domanda”* (artt. 3 e 3.1 del Capitolato d’Oneri); 3) nel contempo prevedeva una deroga al vincolo di partecipazione *“nei confronti di Imprese che si trovino tra loro in situazioni di collegamento/controllo ex art. 2359 c.c.”* (art. 3.1. del Capitolato d’oneri);

- che TIM S.p.a. partecipava alla gara, quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (R.T.I.) con Deloitte Risk Advisory S.r.l., GPI S.p.a., Fincons S.p.a. e SIAV S.p.a, mandanti, presentando la propria offerta per i Lotti 3, 4 e 5;

- che Consip aggiudicava la gara relativa al lotto in esame (nell’ambito del quale erano pervenute cinque offerte valide) ai primi quattro classificati secondo la seguente graduatoria: 1) RTI con mandataria la Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. (di seguito anche solo RTI Engineering); 2) RTI Maggioli; 3) RTI Indra Italia; 4) RTI Exprivia;

- che, richiesto l’accesso agli atti di gara, con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, il RTI Telecom, collocatosi al quinto posto e primo classificato dei non aggiudicatari, impugnava innanzi al T.a.r. del Lazio il provvedimento di aggiudicazione del Lotto 5 in favore del RTI Engineering, del RTI Maggioli e del RTI Indra Italia e tutti gli atti di gara, deducendone l’illegittimità per *“violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, oltre che per violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, serietà, completezza, completezza e indipendenza delle offerte”*;

- che col ricorso proposto si sosteneva che i raggruppamenti aggiudicatari avrebbero dovuto essere esclusi dalla graduatoria relativa al Lotto 4 della gara ai sensi del disposto di cui all’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, trovandosi rispetto ad un altro partecipante alla *“medesima procedura di*

affidamento” in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 c.c., comportante l’imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale;

- che erano, inoltre, oggetto di impugnazione - con domanda di disapplicazione o di annullamento per irragionevolezza intrinseca e per contrasto con l’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016- le regole di gara, e segnatamente l’art. II. 1. 6) del Bando di gara e la previsione di cui all’art. 3.1 del Capitolato d’oneri, a mente della quale *“i vincoli di partecipazione [...], stante la diversa soggettività giuridica, non operano nei confronti di Imprese che si trovino tra loro in situazioni di collegamento/controllo ex art. 2359 c.c. anche qualora, in ragione delle condotte concretamente poste in essere, versino in una situazione di unicità di centro decisionale, dato che l’eventuale conoscenza reciproca delle offerte non è suscettibile di alterare la leale competizione nelle distinte procedure (lotti) cui partecipano”*, ove interpretata e interpretabile in senso ostativo all’accoglimento del ricorso (ovvero se intesa nel senso di ritenere legittima la presentazione nella gara in questione, che si asserisce avere natura *“unitaria”*, di più offerte imputabili ad un unico centro decisionale);
- che, in particolare, si argomentava come il collegamento sostanziale tra le imprese, desunto da una serie di indici (soggettivi e oggettivi), tale da generare l’imputabilità delle offerte ad un *“medesimo centro decisionale”*, avrebbe riguardato sia l’offerta del RTI Engineering- Accenture Technology Solutions (rispetto a quella del RTI NTT Data Italia già aggiudicatario nella medesima gara del lotto 2) che le offerte del RTI Maggioli (rispetto a quella del RTI Almagora già aggiudicatario del lotto 2) e del RTI Indra Italia (rispetto a quella del RTI IBM già aggiudicatario sempre del lotto 2);
- che all’esito dell’udienza pubblica, con sentenza n. 12052 del 23 novembre 2021, il TAR, disattese tutte le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti resistenti, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, compensando le spese di lite;
- che la sentenza di primo grado, dopo aver descritto il quadro normativo di riferimento, ha respinto l’impugnazione della legge di gara e ritenuto che in

presenza di una gara con più lotti (come nel caso di specie) la “*medesima procedura di affidamento*” ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 va riferita alla singola procedura di affidamento di uno dei lotti specifici di cui essa si compone e non già alla gara nel suo complesso, considerando infondati anche i rilievi del RTI ricorrente “*volti a dimostrare in concreto la presenza di una procedura unitaria*”.

3. L’appello avverso la sentenza è affidato a un unico motivo di gravame, articolato in varie sotto censure, con cui si sostiene l’erroneità della sentenza sotto plurimi profili, lamentando: “*T. Error in iudicando. Erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. m), D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3.1., lett. B), del Capitolato d’oneri. Violazione dei principi di par condicio tra i concorrenti, concorrenza, serietà, completezza, completezza e indipendenza delle offerte. Eccesso di potere per irragionevolezza intrinseca*”.

3.1. L’appellante ha altresì riproposto in questa sede la domanda di risarcimento, sia in forma specifica (chiedendo l’aggiudicazione del lotto 5 dell’appalto, la declaratoria di inefficacia ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a. del relativo accordo quadro, ove nelle more stipulato, e il subentro nello stesso) che, in subordine, per equivalente monetario.

3.2. Si è costituita in resistenza Consip S.p.a., esponendo l’infondatezza dell’appello e insistendo per il rigetto.

3.3. Si sono altresì costituite in giudizio le controinteressate Engineering Ingegneria Informatica S.p.a., Accenture Technology Solutions S.r.l., Hspi S.p.a., Sofiter Tech S.r.l., Expleo Italia S.p.a., Ifm S.r.l., Capgemini Italia S.p.a., Indra Italia S.p.a., Sistemi Informativi S.r.l., Dedagroup Business Solution S.r.l. e Maggioli S.p.a., riproponendo *in limine* anche le eccezioni in rito respinte o assorbite dalla sentenza di prime cure e argomentando l’infondatezza dell’appello.

3.4. Il RTI Engineering ha interposto anche appello incidentale con cui ha impugnato le statuizioni della sentenza di rigetto delle eccezioni preliminari

sollevate in primo grado, lamentandone quindi l'erroneità sia *“nella parte in cui non ha rilevato l'inammissibilità del ricorso per omessa immediata impugnazione della legge di gara”* (primo motivo), sia *“nella parte in cui non ha rilevato l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, essendo pacifica l'impossibilità di ricondurre TIM tra le PMI, uniche titolate a censurare le scelte discrezionali delle stazioni appaltanti sulla divisione in lotti delle gare”* (secondo motivo).

3.5. Abbinata al merito su accordo delle parti l'istanza cautelare, previo scambio di memorie e repliche con cui sono state illustrate e ribadite le rispettive tesi difensive, all'udienza del 7 aprile 2020, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. La questione sottesa all'appello principale del RTI Telecom inerisce all'interpretazione della norma di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) D.Lgs. 50/2016, a mente della quale *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: [...] m) 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”*.

Occorre, in particolare, chiarire se in presenza di una gara suddivisa in lotti come quella per cui è causa (di cui il RTI appellante assume comunque la *“natura unitaria”*), l'espressione *“medesima procedura di affidamento”* di cui alla norma va riferita *“alla singola procedura di affidamento di uno dei lotti specifici di cui essa si compone”* ovvero *“alla gara nel suo complesso”*.

2. Così delineata la questione, deve al riguardo innanzitutto rilevarsi, come la sentenza appellata - disattese le eccezioni in rito (di inammissibilità per asserita *“acquiescenza”* stante la partecipazione di Telecom alla gara, per la non immediata impugnazione della *lex specialis* e infine per carenza di interesse)- ha respinto il ricorso nel merito, facendo leva sulla assenza di unicità della

procedura nel suo complesso e ritenendo che ad ognuno dei nove lotti corrisponderebbe una gara a sé stante, autonoma e distinta.

2.1. Il Tribunale, infatti, esaminati partitamente tutti gli indici “*aggreganti*” indicati dalla ricorrente, ne ha escluso la rilevanza ai fini della configurazione di una procedura unitaria, ritenendo che quella per cui è causa sia invece una “*gara ad oggetto plurimo*”, in quanto i singoli lotti si distinguono tra loro “*sotto il profilo dei criteri di partecipazione e delle specifiche modalità di affidamento*”.

2.2. Tanto chiarito, la sentenza ha quindi optato per un’interpretazione “*restrittiva*” dell’art. 80 comma 5, lett. m), cit., in quanto “*eccezione alla regola generale dell’ampliamento della platea dei partecipanti alla gara*” e ha concluso che in presenza di una gara con più lotti (come quella per cui si controverte) la medesima procedura di affidamento va riferita alla singola procedura di affidamento di uno dei lotti specifici di cui essa si compone.

3. L’appello di Telecom contesta le conclusioni cui il primo giudice è pervenuto, prospettando l’unicità della gara, nonostante la suddivisione dei lotti, sulla base dei seguenti elementi ritenuti “*unificanti*”:

1) l’identità per tutti i Lotti applicativi dei servizi oggetto di appalto, che si differenziano solo per la tipologia di Amministrazione destinataria dei servizi (“*PAC*” per Lotti 1 e 3, “*PAL*” per Lotti 2, 4 e 5, sebbene con evidenti sovrapposizioni tra Lotti 1 e 3 e Lotti 2, 4 e 5) e per importo a base d’asta dell’appalto specifico (superiore a 5.000.000,00 Euro nei Lotti 1 e 2 e uguale o inferiore a 5.000.000,00 Euro nei Lotti 3, 4 e 5);

2) l’identità – sebbene a coppie di lotti – della tipologia di Amministrazione destinataria dei servizi (“*PAC*” per i Lotti 1 e 3, “*PAL*” per i Lotti 2, 4 e 5);

3) l’unicità della Commissione esaminatrice per tutti i lotti applicativi (Lotti 1, 2, 3, 4, 5);

4) la possibilità di produrre per tutti i lotti applicativi “*un solo DGUE, una sola domanda di partecipazione e una sola dichiarazione integrativa*” (Par. 7.3 Capitolato oneri);

5) la presenza di un unico responsabile del procedimento;

- 6) l'identità, per tutti i Lotti Applicativi, dei requisiti di capacità tecnica e professionale (par. 7.3 Capitolato oneri), nonché dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica (par. 17 Capitolato oneri) e dei criteri di valutazione dell'offerta economica (par. 16 Capitolato oneri);
- 7) l'identità, per tutte le Amministrazioni, delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste;
- 8) l'espressa previsione, nella *lex specialis*, di un vincolo di partecipazione tra lotti "grandi" (Lotti 1 e 2) e lotti "medi-piccoli" (Lotti 3, 4 e 5);
- 9) da ultimo, la circostanza per cui dalla partecipazione a due Accordi Quadro di interesse della medesima tipologia di Amministrazione (Lotto 1 e Lotto 3, entrambi riferiti a "Pubblica Amministrazione Centrale"), possa derivare una duplice *chance* di sottoscrizione di appalti specifici, con conseguente contaminazione della procedura e condizionamento del suo esito finale, che è quello di sottoscrivere i contratti di appalto specifici con le amministrazioni che usufruiscono degli Accordi Quadro.

3.1. Su queste premesse, l'appellante è tornato a sostenere che, poiché più società facenti parti dello stesso centro decisionale (ossia tra di loro in rapporto di controllo e/o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c.) hanno presentato le rispettive offerte (seppure per lotti formalmente distinti) scatterebbe in ogni caso il divieto di cui all'art. 80, comma 5, lettera m), in base al quale società tra loro collegate non possono partecipare alla stessa gara onde non alterare il confronto concorrenziale derivante dalla conoscenza delle rispettive offerte (regola questa di "concorrenza nel mercato", ossia concepita allo scopo di evitare condotte che falsino la concorrenza). In quest'ottica, il vincolo di partecipazione, che esprime una regola di "concorrenza per il mercato" (ossia volta a favorire ed allargare la massima competizione), dovrebbe essere infatti esteso anche alle imprese che, sebbene formalmente distinte, risultino comunque caratterizzate da un rapporto di "identità in senso sostanziale" (data la unicità del centro decisionale).

3.2. Avrebbe quindi errato il primo giudice nel ritenere qui non applicabili i principi di recente affermati da quella giurisprudenza secondo cui *“l’unicità della procedura risulta, invece, evidente dal fatto che dalla partecipazione a due accordi quadro relativi alla stessa area geografica, attribuisce di per sé due possibilità di sottoscrizione di due contratti, e quindi rappresenta una indubbia ed innegabile “contaminazione” della procedura e un condizionamento del suo esito finale, che è quello di sottoscrivere i contratti di appalto specifici con le amministrazioni che usufruiscono degli accordi quadro. L’unitarietà della procedura è attestata, inoltre, dall’espressa previsione della lex specialis, che ha previsto il vincolo di partecipazione tra lotti grandi e lotti piccoli”* (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 775), richiamando, per converso, ai fini della decisione il precedente di cui alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2350/2021, in tesi afferente a una diversa fattispecie.

3.3. In definitiva, secondo l’appellante la sentenza impugnata, incorrendo in molteplici vizi di valutazione della vicenda controversa, sarebbe erronea sotto plurimi profili, in quanto essa:

- ha fornito un’interpretazione oltremodo restrittiva dell’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 ed esteso la nozione di *“specifico oggetto di appalto”* alle *“peculiarità modalità attraverso cui si intende addivenire in concreto all’affidamento della commessa”*, anziché limitarlo, secondo il tenore letterale delle disposizioni interpretate, alla sola *“tipologia di prestazione richiesta dalla Stazione appaltante”*;
- non ha considerato il reale assetto complessivo della gara e le concrete modalità di gestione della stessa che, per come disciplinate dalla *lex specialis*, non configurerebbero *“distinte procedure”*, ma un’unica procedura di gara e un appalto unitario (nonostante la suddivisione in lotti), come emergerebbe da tutta una serie di elementi *“unificanti”*;
- ha travisato le censure incorrendo anche in errori di fatto (non avvedendosi che le doglianze erano state calibrate in ragione della medesima tipologia di amministrazione) e ha erroneamente ritenuto *“non pertinenti”* o *“irrilevanti”* gli indici *“aggreganti”* sulla base dei quali la ricorrente ha ipotizzato l’unicità della gara, tra cui anche il vincolo di partecipazione, attribuendogli *“carattere neutro*

ai fini della configurazione dell'unitarietà della procedura" sebbene esso non sia, per definizione, configurabile in procedure distinte;

- ha errato anche nel respingere le doglianze volte a contestare la legittimità della *lex specialis* laddove, all'art. 3.1 del Capitolato d'oneri, ha introdotto una deroga al previsto vincolo di partecipazione, in contrasto all'art. 80, comma 5, lett. m), D.Lgs, n. 50/2016, vanificando così le finalità che l'Amministrazione ha inteso perseguire con la previsione del prefato vincolo, tradendone la *ratio* stessa e finendo così per pregiudicare quegli stessi valori che la regola era volta a presidiare;
- non ha colto, pertanto, il particolare profilo legato alla disposizione proconcorrenziale, specificamente introdotta nel bando di gara, che si estrinseca attraverso il suddetto *"vincolo di partecipazione"* ai vari lotti di gara;
- non ha ravvisato l'intrinseca contraddittorietà e irragionevolezza sul punto della legge di gara, che, da un lato, vieta al concorrente di presentare offerta, simultaneamente, sia per uno o più lotti *"grandi"* che per uno o più lotti *"medio-piccoli"*, dall'altro gli consente di occupare *"entrambi gli spazi concorrenziali"* presentando offerte imputabili a un unico centro decisionale nella *"medesima procedura di gara"* attraverso società controllate e/o collegate;
- non ha quindi ritenuto che le offerte dei RTI aggiudicatari del lotto in esame, poiché imputabili allo stesso centro decisionale anche se riferite a lotti diversi, avrebbero dovuto essere escluse per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del Codice e comunque in applicazione dell'art. 3.1 del Capitolato d'oneri, con scorrimento della graduatoria e aggiudicazione al RTI Telecom, quinto classificato;
- ha respinto e comunque non ha esaminato le ulteriori censure sviluppate nel ricorso e nei motivi aggiunti, qui riproposte dall'appellante, volte a dimostrare la concreta riconducibilità delle offerte dei RTI aggiudicatari del Lotto 5 al medesimo centro decisionale cui risultano imputabili le offerte di operatori economici aggiudicatari del Lotto 2, per l'esistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra le imprese ovvero di controllo ai sensi dell'art.

2359, come ricavabile da una serie di *“indizi plurimi, precisi e concordanti”* che andavano considerati nella loro complessiva valenza, secondo la prospettazione di cui al ricorso di primo grado;

- non ha in conclusione considerato che la partecipazione alla gara de qua in diversi RTI per altrettanti Lotti *“sarebbe stata verosimilmente giustificata dal solo intento elusivo della disciplina di cui all’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016”*, allo scopo di moltiplicare le *chances* di aggiudicazione degli accordi quadro e, a valle, dei singoli appalti specifici, con conseguente concreto rischio di condizionamento dei rispettivi comportamenti nell’ambito della procedura di gara e di violazione della disciplina proconcorrenziale.

4. Prima di procedere a esaminare il merito dei motivi dell’appello di Telecom, occorre scrutinare le varie eccezioni di rito preliminarmente sollevate dalle controinteressate in primo grado e qui riproposte ai sensi dell’art. 101, comma 2, cod. proc. amm, nonché con l’appello incidentale spiegato dal RTI Engineering.

4.1. Esse sono infondate.

4.2. Va innanzitutto rigettata l’eccezione di tardività del ricorso con riferimento alla clausola di gara che prevedeva la possibilità di presentare offerte separate, ossia per lotti diversi, anche da parte di imprese collegate: come correttamente ritenuto dal Tribunale la clausola impugnata non ha natura immediatamente escludente alla luce degli orientamenti consolidati della giurisprudenza; essa infatti non limitava o impediva la partecipazione alla gara da parte della odierna appellante, né rendeva impossibile la formulazione di una qualsivoglia offerta in termini di convenienza tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4). Trattandosi di regola che non precludeva in alcun modo *ex ante* la partecipazione del RTI ricorrente, non sussisteva alcun onere di immediata impugnazione della clausola in esame.

4.3. Con riferimento all’eccezione di inammissibilità per accettazione dell’art. 3.1 del Capitolato d’oneri correttamente il primo giudice, oltre a rilevare la natura non escludente della clausola in esame, ha poi inteso dare continuità

all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la domanda di partecipazione non può pregiudicare sul piano processuale il concorrente, tenuto conto che nelle gare pubbliche l'“accettazione” delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in seguito, ritenute illegittime, in quanto *“una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale”* (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4 e i precedenti ivi richiamati).

4.4. Infine è infondata e va respinta anche l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, formulata dalle controinteressate sul presupposto che anche il RTI Telecom sarebbe costituito non solo da piccole e medie imprese, non potendo perciò lamentare alcun pregiudizio diretto derivante dalla scelta della stazione appaltante cristallizzata nella clausola impugnata, e che comunque il RTI appellante non riceverebbe alcuna utilità dall'annullamento di una tale clausola destinata a favorire la partecipazione di *“piccole e medie imprese”*.

4.4.1. Infatti ciò che rileva, ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere, è la dimensione strategica e non quella aziendale del singolo concorrente. Pertanto, se la scelta di partecipare ricade su un certo tipo di lotto (nel caso di specie, piccoli e medi contratti) piuttosto che su un altro (grandi contratti) le eventuali grandi dimensioni, in termini societari ed organizzativi, rivestite dal medesimo soggetto, comunque non gli impediscono di aspirare ad un certo assetto regolatorio di gara, ritenuto più conforme a legge nella sua stessa prospettiva, per quel determinato segmento procedurale e di mercato. La partecipazione a un tipo di lotto e non ad un altro è in funzione non delle proprie dimensioni aziendali ma, piuttosto, delle proprie scelte strategiche che dipendono, a loro volta, da valutazioni interne legate alla maggiore o minore

chance di riuscita in un dato ambito di mercato piuttosto che in un altro. Di qui il rigetto, altresì, di tale specifica eccezione.

4.4.2. Sotto altro concorrente profilo si osserva poi che Telecom ha interesse a contestare *in parte qua* l'applicazione dell'art. 3.1. del Capitolato d'oneri se interpretato come ostativo all'accoglimento del gravame e cioè nel senso di consentire la presentazione di offerte da parte di imprese riconducibili a "*un unico centro decisionale*" nell'ambito di una gara che si assume avere natura "*unitaria*", in deroga al previsto vincolo di partecipazione e ritenendo qui inapplicabile (stante la suddivisione in lotti e la conseguente natura di gara ad oggetto "*plurimo*": *i.e.* tanti bandi quanti sono i lotti), la regola di cui all'art. 80, comma 5, lett. m). d.lgs. n. 50/2016, al fine di ottenere l'esclusione delle aggiudicatarie e l'aggiudicazione dell'appalto.

5. L'appello principale nel merito è infondato.

5.1. Come evidenziato, la legge di gara della procedura in esame, indetta da Consip per la conclusione di un accordo quadro avente ad oggetto servizi informatici e gestione dati per le pubbliche amministrazioni, suddivisa in 9 lotti, di cui due per "*grandi contratti*" (GC) e tre per "*medio-piccoli contratti*" (PMC), introduceva, all'art. 3.1 del Capitolato d'oneri, sia un vincolo di aggiudicazione che un vincolo di partecipazione a più lotti.

5.1.1. Con riferimento al vincolo di partecipazione in particolare prevedeva:

a) un vincolo di partecipazione tra Lotti Applicativi e Lotti PMO: "*È previsto un vincolo di partecipazione tra i Lotti Applicativi (1, 2, 3, 4 e 5) e i Lotti PMO (6, 7, 8 e 9). Ciascun operatore potrà pertanto presentare offerta per uno o più dei Lotti Applicativi (fermo restando quanto previsto alla successiva lettera b)), oppure, in alternativa, per uno o più dei Lotti PMO. Qualora il concorrente inserisse a Sistema offerte per entrambe le tipologie di lotti, la domanda si considererà presentata esclusivamente per il/i Lotto/i Applicativo/i*".

b) un vincolo di partecipazione, nell'ambito dei Lotti Applicativi, tra "*Grandi Contratti*" e "*Medi- Piccoli Contratti*": "*Nell'ambito dei soli Lotti Applicativi, inoltre, è previsto un vincolo di partecipazione tra i lotti "Grandi Contratti" (1 e 2) e i lotti "Medi-*

Piccoli Contratti” (3, 4 e 5). Ciascun operatore potrà pertanto presentare offerta per uno o più dei lotti “Grandi Contratti”, oppure, in alternativa, per uno o più dei lotti “Medi-Piccoli Contratti”. Qualora il concorrente inserisse a Sistema offerte per entrambe le tipologie di lotti, la domanda si considererà presentata esclusivamente per il/i lotto/i “Grandi Contratti”.

5.1.2. I concorrenti avrebbero quindi potuto presentare un’offerta per uno o più dei lotti “Grandi Contratti” (GC) oppure, in alternativa, per uno o più dei lotti “Medi Piccoli Contratti” (MPC), per cui chi partecipava ai “grandi contratti” non poteva concorrere per i “medio-piccoli” e viceversa.

Qualora il concorrente avesse formulato offerte per entrambe le tipologie di lotti, la domanda si sarebbe considerata presentata esclusivamente per i “Grandi Contratti” (art. 3.1 del Capitolato d’oneri).

5.1.3. Con le previsioni impugnate la legge di gara precisava però anche che “*i vincoli di partecipazione di cui alle precedenti lettere a) e b), stante la diversa soggettività giuridica, non operano nei confronti di Imprese che si trovino tra loro in situazioni di collegamento/controllo ex art. 2359 c.c. anche qualora, in ragione delle condotte concretamente poste in essere, versino in una situazione di unicità di centro decisionale, dato che l’eventuale conoscenza reciproca delle offerte non è suscettibile di alterare la leale competizione nelle distinte procedure (lotti) cui partecipano. Resta ferma in ogni caso, per quanto attiene la partecipazione a ciascun lotto, la previsione di cui all’art. 80, comma 5, lett. m), del D. Lgs. n. 50/2016*” (art. 3.1. del Capitolato d’oneri).

5.1.4. Per effetto di tale clausola il previsto vincolo di partecipazione non ha trovato quindi sostanziale applicazione per le holding, ossia: imprese grandi e imprese medio-piccole, pur se riconducibili ad un unico centro decisionale, hanno potuto parallelamente partecipare alle aree contrattuali di rispettiva appartenenza (GC e PMC).

5.1.5. Il risultato di tale clausola (in funzione di precisazione alla regola del vincolo di partecipazione) è stato che le prime tre classificate di ognuna delle tre gare per i lotti medio-piccoli (nel caso in esame il lotto 5) fanno parte dello stesso centro decisionale cui appartengono i soggetti che si sono pure

aggiudicati le prime posizioni dei due lotti riservati ai “*grandi contratti*” (cioè, per quanto di interesse, il lotto 2).

5.2. Tanto premesso, ai fini della decisione dei motivi di appello occorre preliminarmente ricostruire il quadro normativo di riferimento, muovendo innanzitutto dall’art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016 il quale prevede che *“al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ... ovvero in lotti prestazionali ... in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture... È 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”*.

Il richiamato art. 51 del Codice dei Contratti, al comma 1, esprime un principio di carattere (tendenzialmente) doveroso per cui le gare debbono essere suddivise in lotti, salvo diversa e motivata determinazione contraria della stazione appaltante. E ciò proprio per favorire le piccole e medie imprese (concorrenza formale) [si vedano in tal senso anche le conclusioni contenute in: Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627].

I successivi commi 2 e 3 esprimono invece una regola facoltativa e “*proconcorrenziale*”, come affermato dalla giurisprudenza *“in una (più) discrezionale prospettiva distributiva (propriamente antitrust)”* (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481): quella per cui le singole imprese possono rispettivamente partecipare (comma 2, ossia “*vincolo di partecipazione*”) o aggiudicarsi (comma 3, ossia “*vincolo di aggiudicazione*”) un numero limitato dei lotti in cui la gara è suddivisa (concorrenza sostanziale).

Dunque, in estrema sintesi: il richiamato *“art. 51 contempla due disposizioni, una prescrittiva e l’altra facoltativa”* (Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881). Qualora si applichi anche la seconda delle due disposizioni, allora, la posizione delle PMI trova agevolazione non solo per la partecipazione ma anche per la aggiudicazione (Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8245)

5.2.1. Invece, come detto, il successivo art. 80, comma 5, lett. m), prescrive alla stazione appaltante di escludere l'operatore economico che si trova, rispetto ad un altro partecipante alla "*medesima procedura di affidamento*", in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. 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*".

5.2.2. Mentre la regola dell'art. 51 cit. ha portata generale ed è retta dal principio del *favor participationis*, quella dell'art. 80, comma 5, lett. m), cit. ha portata eccezionale ed è retta dal principio della tutela del buon andamento che, specularmente, costituisce limite intrinseco allo stesso principio dell'ampliamento della platea dei concorrenti, sicché entrambi i precetti devono essere interpretati rispettando i canoni ermeneutici (estensivi e restrittivi) coerenti con la propria natura e ratio.

5.2.3. Orbene, come evidenziato, la regola della suddivisione in lotti (art. 51 cit.) vuole che le stazioni appaltanti provvedano a suddividere gli appalti "*in lotti funzionali ... ovvero in lotti prestazionali*"; una scelta diversa da quella della suddivisione (in lotti) richiede un'espressa motivazione in tal senso.

Ratio della previsione in argomento è quella di "*favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese*" che altrimenti, in presenza di gara a lotto unico o con pochi lotti, vedrebbero progressivamente ridotte le proprie possibilità di partecipazione e quindi di aggiudicarsi commesse pubbliche in considerazione degli stringenti requisiti speciali di partecipazione che l'affidamento di gare di tal genere, c.d. mono-lotto, evidentemente comportano.

5.2.4. Per converso, la regola del divieto di partecipazione alle imprese che realizzano "*un unico centro decisionale*" di cui al più volte richiamato art. 80, comma 5, lett. m), cit. riferisce il divieto alle imprese che presentano offerte nella "*medesima procedura di affidamento*", ovvero la procedura diretta a realizzare l'affidamento dell'oggetto dell'appalto; quest'ultimo può, a sua volta, essere suddiviso in lotti che hanno uno "*specifico oggetto*" [art. 3, comma 1, lett. qq) e lett. ggggg)] e, quindi, in lotti funzionali o prestazionali i quali costituiscono

l'oggetto finale della gara che si intende affidare mediante la procedura ad evidenza pubblica.

5.3. Per le ragioni sopra esposte deve ritenersi che, contrariamente a quanto sostiene l'appellante, non ha errato il primo giudice nel seguire un'interpretazione restrittiva dell'art. 80, comma 5, lett. m), cit., coerente con la natura e la *ratio* della norma in esame (che è eccezione alla regola generale dell'ampliamento della platea dei partecipanti alla gara); e, nel contempo, nel ritenere che una gara con più lotti non costituisce una "*medesima procedura di affidamento*", ma distinte procedure di affidamento quanti sono i lotti da affidare. L'art. 80 comma 5 lett. m) deve, infatti, trovare applicazione nel solo caso di partecipazione di imprese collegate, controllate o riconducibili al medesimo centro decisionale "*alla medesima procedura di affidamento*" e, quindi, al medesimo lotto.

5.4. Tale opzione ermeneutica è conforme alla *ratio* della previsione normativa, ossia quella di garantire la serietà delle offerte provenienti da distinti operatori economici che decidono di partecipare al medesimo lotto in contesa, a tutela della libertà ed effettività del confronto concorrenziale. Diversamente (*id est*: se si consentisse la presentazione di più offerte da parte di distinti operatori in relazione ad un medesimo lotto) il libero gioco della concorrenza, in cui si esprime la vera essenza della competizione, risulterebbe falsato e sterilizzato già al momento della formulazione dell'offerta stessa.

5.4.1. Nel caso di specie, la stazione appaltante ha modulato, nell'esercizio della sua discrezionalità, i vincoli di partecipazione previsti, mitigandoli per le imprese collegate o che versino in situazioni di cui all'art. 80 comma 5 lett. m), in quanto ha non irragionevolmente ritenuto che in caso di partecipazione a lotti distinti (*id est*: a distinti affidamenti) la conoscenza reciproca delle offerte non sia idonea a compromettere la leale competizione.

5.5. La sentenza impugnata ha anche correttamente escluso che la gara in esame, che prevede l'aggiudicazione di più lotti, possa essere considerata come una gara ad oggetto "*unitario*", ritenendo anche per questa ulteriore

ragione infondata la censura di violazione del divieto contenuto nell'art. 80, comma 5, lett. m), cit. formulata dal RTI ricorrente.

5.6. In primo luogo, la sentenza ha correttamente osservato che affinché sussista la medesimezza del lotto, in cui si risolve la nozione di "*medesima procedura di affidamento*", occorre che vi sia identità dello "*specifico oggetto dell'appalto*" (lotto), ma che al contempo tale identità non va intesa unicamente in relazione alla "*tipologia di prestazioni*" richieste dalla stazione appaltante, bensì anche in relazione "*alle peculiari modalità attraverso cui si intende addivenire in concreto all'affidamento della commessa*", da queste ultime dipendendo, infatti, la formulazione dell'offerta del concorrente e quindi, in ultima analisi, la stessa partecipazione alla gara.

5.6.1. Su queste premesse correttamente assunte il primo giudice altrettanto correttamente ha concluso che nel caso di specie si versa in ipotesi di gara ad oggetto "*plurimo*": infatti, il bando prevede che la partecipazione al lotto 2 e al lotto 4 sia subordinata al possesso di distinti requisiti di "*capacità economica e finanziaria*" (art. 7.2. del Capitolato d'oneri) e inoltre che l'affidamento degli appalti specifici, a valle dell'accordo quadro, dovrà avvenire, secondo ordinativi di fornitura o mediante confronto concorrenziale (dall'art. 54, comma 4, lett. b), d.lgs. n. 54/2016), in base a diversi importi di base d'asta (cfr. art. 3 del Capitolato d'oneri).

5.6.2. A quanto correttamente evidenziato dal primo giudice deve poi in aggiunta osservarsi come la gara risulti in effetti differenziata su base: *a)* merceologica (ossia tra servizi *cloud* applicativi e *management office*); *b)* dimensionale (tra grandi contratti e contratti medio-piccoli); *c)* geografica (ossia tra nord, centro e sud Italia); *d)* amministrativa (settore pubblico centrale da un lato e settore enti territoriali e locali dall'altro lato); *e)* economico-finanziaria (tra contratti sopra i 5 milioni di euro e contratti sotto tale soglia).

5.6.3. Simili macro differenze, dalle quali si evince la natura pluralistica piuttosto che unitaria della suddetta gara (come correttamente evidenziato dal

giudice di primo grado), sono ulteriormente testimoniate dalle disposizioni che prevedono, in particolare:

- differenti requisiti di capacità economico-finanziaria (par. 7.2. Capitolato, ossia: 41 milioni per il Lotto 1; 15 milioni per il Lotto 2; 7 milioni per il Lotto 3; 4 milioni per i Lotti 4 e 5);
- garanzie autonome e differenti per i vari lotti (par. 10, a titolo provvisorio, e par. 22.1, a titolo definitivo, del Capitolato di gara);
- distinto pagamento del contributo a favore dell'ANAC (par. 11 Capitolato);
- distinte offerte tecniche ed economiche (par. 12 Capitolato);
- differenti importi a base d'asta (495 milioni per il Lotto 1; 176 milioni per il Lotto 2; 209 milioni per il Lotto 3; 110 milioni per il Lotto 4; 132 milioni per il Lotto 5);
- distinte proposte di aggiudicazione per ogni lotto (art. 22 Capitolato).

5.7. A fronte dell'esistenza di indici della non unitarietà della procedura in esame potrebbe dunque già prescindere dagli esami degli ulteriori indici, dedotti dall'appellante, che deporrebbero in senso opposto (quali ad esempio l'unicità della Commissione di gara o del responsabile del procedimento, previsioni queste funzionali a consentire un risparmio dei costi): al riguardo può richiamarsi il condivisibile orientamento della giurisprudenza secondo cui: *“Applicando alla gara oggetto del presente contenzioso la soluzione ermeneutica di cui sopra, non è nemmeno necessario occuparsi degli elementi ritenuti dal primo giudice probanti della asserita unitarietà della gara. È sufficiente osservare che l'autonomia delle offerte e quindi delle graduatorie di ciascuno dei cinque lotti territoriali in cui la procedura è stata suddivisa comporta il carattere non unitario della gara ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016”* (Cons. Stato, V, 18 marzo 2021, n. 2350).

5.7.1. Ad ogni modo la sentenza ha anche correttamente escluso che gli indici *“aggreganti”* indicati dalla ricorrente, che fossero esaminati singolarmente o nel complesso, dimostrino in concreto la presenza di una procedura *“unitaria”* nel

caso di specie, trattandosi di elementi non pertinenti o irrilevanti, e ciò senza incorrere nei denunciati travisamenti o errori di fatto.

5.7.2. Infatti, quanto alle specifiche deduzioni della difesa di parte appellante si osserva che:

a) la scelta della commissione unica di gara consiste in una misura di semplificazione e di contenimento dei relativi costi (Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2017, n. 52); così pure la presenza di un unico responsabile del procedimento;

b) il richiamato vincolo di partecipazione tra lotti grandi e lotti medio piccoli esprime piuttosto una esigenza di concorrenzialità, anzi di proconcorrenzialità; non è quindi tale da giustificare la valutazione unitaria della procedura;

c) quanto all'identità dell'oggetto del servizio nonché dell'amministrazione destinataria dei medesimi si condivide quanto osservato dal primo giudice allorquando evidenzia che la critica avrebbe dovuto essere mossa ai lotti riguardanti la medesima tipologia di amministrazione ("PAC") e non già ponendo in relazione la sovrapposizione di coppie di lotti tra loro distinti sotto il profilo dei destinatari (da un lato i lotti c.d. "PAC" e dall'altro lato i lotti c.d. "PAL"), quali nella specie i lotti 2 e 5 (con riferimento ai quali qui si asserisce la presenza di offerte riconducibili a "*un unico centro decisionale*");

d) la sovrapposizione geografica e per comparto amministrativo è solo parziale e non totale e, in quest'ottica, il caso di specie si distingue da quello affrontato con sentenza di questa stessa Sezione n. 775 del 26 gennaio 2021 allorché si trattava di una ipotesi di "*stessa area geografica*";

e) l'identità di criteri di valutazione e di prestazioni contrattuali è dovuta al fatto che si tratta di contratti sì distinti ma comunque analoghi per oggetto e tipologia di attività: pertanto essi non incidono sull'identificazione della "*medesima procedura di affidamento*" in presenza di una gara con più lotti;

f) parimenti, l'identità delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste non è indice rilevante ai fini della configurazione di una

gara unitaria: poiché, come detto, la gara prevede distinti requisiti di partecipazione con riferimento ai Lotti Applicativi, in relazione a lotti aventi una prestazione identica, ma distinti sotto il profilo dei criteri di partecipazione e delle specifiche modalità di affidamento “*si appunta in modo diverso l'interesse partecipativo*”, come ben rilevato dalla sentenza appellata;

g) quanto alla possibile “*duplice chance di sottoscrizione*” dei contratti esecutivi che può derivare dalla partecipazione a due accordi quadro di interesse della medesima tipologia di amministrazione (Lotto n. 1 e Lotto n. 3, entrambi riferiti a “*Pubblica Amministrazione Centrale*”), si osserva che la diversità dei requisiti di partecipazione ai lotti e del valore dei contratti esecutivi (l'importo a base d'asta dei successivi appalti specifici), da affidare a valle dell'accordo quadro, fanno dei due lotti procedure di gara diverse tra loro ai fini della disciplina dell'art. 80, comma 5, lett. m), cit..

5.7.3. In definitiva, dalle predette considerazioni emerge dunque la natura di “*atto ad oggetto plurimo*” della gara in questione. Pertanto, non si è di fronte ad una procedura *unitaria* multilotto bensì a *più procedure*, bandite con atti plurimi, ma separabili e distinti: in sostanza, di più procedure di evidenza pubblica.

5.7.4. Trova in questo modo applicazione quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la gara, in siffatte ipotesi, non ha carattere unitario poiché a ciascun lotto corrisponde una gara finalizzata all'aggiudicazione di un distinto contratto. Più in particolare è stato affermato che: “*La possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è dunque incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara*” (Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2017, n. 52).

5.7.5. Anche per questa ragione (la natura non unitaria della gara) deve in radice escludersi che le situazioni di collegamento e/o controllo rappresentate in atti dalle appellanti, al di là della loro reale consistenza, possano aver

ingenerato una qualche preclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, avendo le rispettive offerte operato in diversi contesti concorsuali non vicendevolmente contaminabili nell'ottica di un'eventuale turbativa delle rispettive procedure e graduatorie e dei conseguenti separati provvedimenti di aggiudicazione.

5.7.6. Del resto è stato anche affermato che: *“La disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) ... non trova ... applicazione nell'ipotesi in cui le offerte presentate dalle imprese si riferiscano a lotti diversi; ciò in quanto un bando di gara pubblica, suddiviso in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione”*. Ed ancora che: *“Pertanto, la rilevanza del collegamento societario, anche alla luce delle chiare ed univoche prescrizioni della lex specialis, non può che essere limitata alla sola ipotesi in cui le imprese collegate concorrano alla medesima procedura e dunque presentino offerte in competizione nel medesimo lotto”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8245; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1071; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1070).

In questa direzione le offerte presentate dalle imprese, pur sostanzialmente riconducibili ad un unico centro decisionale, sono comunque riferibili ad aggiudicazioni di lotti diversi. Come del resto affermato dalla prevalente giurisprudenza: *“Non vi sono, quindi, preclusioni a che la stessa società (o a maggior ragione società diverse appartenenti al medesimo gruppo societario) possano partecipare alle diverse gara aventi ad oggetti i lotti distinti”* (Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2017, n. 1973).

5.8. Alla luce dei su riportati principi, occorre ora svolgere in sintesi le seguenti considerazioni finali sulla vicenda e sulle questioni sottese.

5.8.1. Nel caso di specie Consip ha adottato la regola facoltativa del vincolo di partecipazione, stabilendo allo stesso tempo che tale vincolo non valga per le imprese riconducibili a uno stesso centro decisionale (dunque lo stesso gruppo societario).

5.8.2. Nella gara in esame la regola obbligatoria di cui al comma 1 dell'art. 51 (suddivisione in lotti) è stata rispettata, mentre la regola facoltativa di cui ai successivi commi 2 e 3 (rispettivamente: vincolo di partecipazione e di aggiudicazione) ricade sotto l'egida della discrezionalità della stazione appaltante la quale decide se (*an*) ed anche come (*quomodo*) inserirla.

5.8.3. Ad avviso del Collegio, quest'ultimo approccio interpretativo risulta maggiormente in linea con l'orientamento secondo cui in relazione alle gare pubbliche la suddivisione in lotti rappresenta uno strumento che viene posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare; tale principio non costituisce tuttavia un precetto inviolabile né può comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara (Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881).

5.8.4. Più in particolare: *“la possibilità di stabilire un limite alla aggiudicazione di tutti i lotti di cui all'articolo 51 del codice dei contratti è una facoltà discrezionale il cui mancato esercizio non è - da solo e di per sé - sintomo di illegittimità”* (Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881).

5.8.5. Infatti, la stessa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627) ha avuto modo di affermare che: *“La piana lettura della disciplina in argomento evidenzia come in subiecta materia il legislatore non abbia inteso imporre soluzioni cogenti e definite nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criteri di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza. (...).”*

In tale medesima direzione la prevalente giurisprudenza di questa Sezione (cfr. Cons. Stato, V, 10 dicembre 2021, n. 8245; 27 settembre 2021, n. 6481; 18 marzo 2021, n. 2350) ha così stabilito che la scelta di ritenere operante un vincolo di aggiudicazione sostanzialmente *“allargato”* all'unitario centro decisionale, ancorché l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici, costituisce opzione rimessa alla discrezionalità

dell'amministrazione. In altre parole, 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.

5.8.6. Dunque è la stazione appaltante a scegliere se un tale vincolo (di partecipazione e/o di aggiudicazione) si applichi o meno anche a soggetti formalmente distinti ma sostanzialmente uniti in quanto appartenenti allo stesso gruppo societario o comunque in rapporto di controllo societario.

5.8.7. Elementi in tal senso (*id est*: scelta di estendere il vincolo da parte della stazione appaltante) si rinvencono del resto anche nella invocata decisione n. 383 del 21 gennaio 2022 di questa stessa Sezione.

Si assiste, per tale via, a una dequotazione del profilo formale della pluralità soggettiva per far valere, di contro, la sostanziale unitarietà della proposta negoziale: una simile decisione – giova ripetere – è tuttavia riservata alla sola discrezionalità della stazione appaltante.

Al riguardo è stato infatti affermato che:

- *“Nel caso di appalto suddiviso in lotti tale preclusione, come si è precisato, non opera, trattandosi di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima: sicché è naturalmente ammessa la presentazione di un'offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purché - come è chiaro - non riferita al medesimo lotto (nel qual caso opererebbe l'art. 80, comma 5 lett. m), ma a lotti distinti (e ciò, beninteso, sempreché la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, non abbia ritenuto di precludere, anche qui per ragioni di programmatica segmentazione distributiva, tale facoltà: arg. ex art. 51, comma 2)”* (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481, cit.);

- è ben possibile *“fare valere la sostanziale unitarietà della proposta contrattuale ... sempre che sia chiarito nella legge di gara che l'offerta proveniente da un unico centro*

decisionale è considerata unica, vale a dire imputabile ad un offerente unico dal punto di vista sostanziale” (Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8245, cit.);

- *“Sebbene non si possa escludere a priori che, nell'esercizio della discrezionalità dell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante, a determinate condizioni, estenda il c.d. vincolo di aggiudicazione alle imprese appartenenti allo stesso gruppo, ove ciò non sia previsto dalla legge di gara 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”*(Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2021, n. 2350).

5.8.8. Emerge dunque, dalle pronunzie sopra riportate, che nel silenzio della legge di gara l'eventuale vincolo di partecipazione/aggiudicazione non si estende anche alle imprese sostanzialmente riconducibili allo stesso centro decisionale, fatta salva una diversa ed espressa indicazione in tal senso del medesimo bando (ossia diretta ad estendere il vincolo anche a tali situazioni di collegamento e/o controllo societario).

Nel caso di specie si assiste invece – piuttosto che ad una particolare eccezione – alla conferma espressa della regola generale secondo cui alle società collegate non è estendibile un siffatto vincolo quantitativo di partecipazione.

Del resto, un simile orientamento è coerente con il principio secondo cui costituisce *“compito della singola Amministrazione individuare la formula di sintesi che valga come bilanciamento complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza”* (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627).

Il punto di equilibrio (o *“formula di sintesi”*) che va allora ricercato, in simili ipotesi, è tra logiche pro-concorrenziali (portate alle più rigorose conseguenze) da un lato, ed esigenza di non ridurre eccessivamente il numero degli offerenti dall'altro lato (principio del *favor participationis* che si traduce, dal lato della Stazione appaltante, nella possibilità di ricevere un numero adeguato

di offerte e dunque di aggiudicarsi, in questo modo, le proposte migliori su quel dato segmento di mercato).

5.8.9. Nel caso di specie la sintesi che ha trovato la stazione appaltante, ossia tra tutela delle PMI ed esigenze di concorrenza più in generale, è stata quella di allargare il più possibile la partecipazione alle piccole medie imprese mediante la articolazione dimensionale dei lotti di gara, senza tuttavia volersi privare di quelli che sono i soggetti evidentemente “migliori” sul mercato (in questo caso: alcuni soggetti che fanno parte di più ampie *holding* societarie).

Ulteriori forme di restrizione per le società collegate o comunque riconducibili ad unici centri decisionali avrebbero eccessivamente circoscritto la partecipazione alla gara, in dispregio del fondamentale principio del *favor participationis*, e dunque privato la Pubblica Amministrazione di godere delle offerte migliori.

Tale conclusione è avvalorata dalla giurisprudenza secondo cui: *“In tale contesto la pretesa ad ulteriormente irrigidire il divieto di aggiudicazione plurimo avrebbe conseguito, senza alcun vantaggio in termini di concorrenza, l'effetto di incidere negativamente sull'interesse pubblico ad aggiudicare l'appalto alle migliori condizioni tecniche ed economiche”* (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627, cit.).

Una simile scelta, quella ossia di modulare tale facoltà stabilendo altresì talune precisazioni (ossia confermando quella che, come si è visto, è in realtà la regola), va dunque esercitata caso per caso, facendo leva sui propri poteri discrezionali e in funzione di quelle che sono in concreto le singole condizioni del segmento di mercato su cui si va ad incidere.

In altre parole la discrezionalità di cui all'art. 51, commi 2 (vincolo di partecipazione) e 3 (vincolo di aggiudicazione), se si esercita nell'*an* (con l'introduzione del vincolo quantitativo di partecipazione e/o di aggiudicazione) *a fortiori* trova applicazione nel *quomodo* (quanto alla scelta di estendere o meno tale vincolo anche alle società che formano un unico centro decisionale).

In conclusione, sussiste l'obbligo (tendenziale) di suddividere in lotti funzionali e prestazionali la gara ma non anche quello di "riservare" taluni lotti medesimi alle PMI. Di qui la presenza di una *facoltà distributiva* (proconcorrenziale) e non di un "obbligo distributivo" in tal senso.

5.9. Infine, alla luce delle considerazioni sopra esposte, deve rilevarsi come anche il richiamo operato dall'appellante ai principi affermati dal precedente di cui a Consiglio di Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 775 non scalfisce il corretto ragionamento del primo giudice.

Diversamente dal precedente richiamato, i lotti applicativi che vengono qui in rilievo si distinguono tra loro in ordine ai requisiti di partecipazione e alle modalità di affidamento, prevedendo gli accordi quadro un distinto valore del contratto da affidare che rende diversi, sotto il profilo oggettivo, i vari lotti e, di conseguenza, le procedure cui essi fanno capo. Le procedure di gara impugnate relative ai vari lotto oggetto di affidamento non possono quindi qualificarsi unitarie e ridursi di conseguenza ad una "*medesima procedura di affidamento*".

6. In definitiva, correttamente la sentenza appellata ha ritenuto infondate le censure articolate dalla ricorrente in quanto né la legge di gara né i provvedimenti impugnati e il complessivo operato della stazione appaltante contrastano con la disciplina dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016.

7. Per tutte le ragioni sopra evidenziate l'appello principale è infondato e deve essere respinto.

8. Vanno respinti, siccome infondati, anche l'appello incidentale del RTI Engineering e le eccezioni preliminari riproposte, correttamente disattese dalla sentenza che deve essere, pertanto, interamente confermata.

9. La novità e complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe

proposti, li respinge entrambi.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO