

Publicato il 05/03/2024

N. 02149/2024REG.PROV.COLL.
N. 08907/2023 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8907 del 2023, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla
procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi
Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Antonio Messina, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte, Avilio Presutti, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) -OMISSIS-

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e della -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2024 il Cons. Raffaello Scarpato e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. -OMISSIS-, ha indetto, in qualità di centrale di committenza, la procedura aperta per l'affidamento quadriennale dei “servizi di vigilanza armata e servizi di vigilanza aggiuntivi presso le sedi delle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. La procedura è stata suddivisa in 16 lotti “*coincidenti con l'ambito territoriale delle ASL e delle Aziende Ospedaliere della Regione Campania al fine di consentire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione*” (art. 3 del Disciplinare di gara).

3. Il disciplinare di gara ha previsto un duplice vincolo, di partecipazione e di aggiudicazione.

Il vincolo di partecipazione ha limitato la possibilità di ciascun concorrente di presentare offerta per un numero massimo di 8 (otto) lotti, al dichiarato fine di favorire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese.

Con il vincolo di aggiudicazione la stazione appaltante ha 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 1): 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.”

4. -OMISSIS- si è candidata per i lotti -OMISSIS-, relativi rispettivamente agli ambiti territoriali -OMISSIS-.

5. In sede di verifica dei requisiti per l'ammissione alla procedura concorsuale, la stazione appaltante ha rilevato la partecipazione, a lotti diversi, di quattro operatori economici collegati (-OMISSIS-) riconducibili al medesimo gruppo -OMISSIS- facente capo alla -OMISSIS-, nonché sovrapposizioni relative alla metodologia utilizzata a supporto delle offerte e delle giustificazioni prodotte.

6. All'esito degli approfondimenti istruttori, -OMISSIS- ha ammesso le società collegate al prosieguo della procedura, ma ha comunque ritenuto di dover interessare l'AGCM per un parere in merito alla sussistenza di un'intesa limitativa della concorrenza tra le quattro imprese indicate.

7. L'AGCM ha escluso l'esistenza di una vera e propria intesa anti-concorrenziale, ritenendo, tuttavia, che le diverse società dovessero considerarsi come un'unica entità economica (in quanto sottoposte al medesimo centro di controllo) ai fini dell'applicazione del limite massimo di partecipazione e di aggiudicazione di più lotti. Ciò al fine di non vanificare la finalità antitrust dei vincoli e di garantire una distribuzione dell'appalto complessivo tra più entità economiche, evitando l'accaparramento ad opera di un solo o di pochi soggetti.

8. La stazione appaltante, a seguito di ulteriore approfondimento istruttorio - dal quale è risultata confermata la sottoposizione degli operatori economici

primi graduati all' unitario centro di controllo da parte di -OMISSIS- - ha deciso di interpretare in senso sostanziale il vincolo di aggiudicazione, ritenendo -OMISSIS- alla stregua di un unico partecipante.

9. Conseguentemente, il vincolo di aggiudicazione (massimo 4 lotti per operatore o solo il Lotto nr. 1) è stato applicato al complessivo centro decisionale e non alle singole imprese collegate, con la conseguenza che la ricorrente, pur essendosi classificata prima per l'aggiudicazione del Lotto n. 3 (e degli altri lotti ai quali aveva partecipato), non è risultata aggiudicataria, in quanto il Lotto nr. 1 era stato aggiudicato ad un'impresa del gruppo (-OMISSIS-).

10. Pertanto, con il provvedimento del Direttore Generale -OMISSIS- del 13.10.2022, il Lotto 3 è stato aggiudicato alla seconda graduata -OMISSIS-.

11. -OMISSIS- ha impugnato la suddetta determinazione dinanzi al T.A.R. per la Campania, Napoli, deducendo:

-Violazione e falsa applicazione dell'art. 51, co. 3, D.Lgs. n. 50/16, nonché dei principi di libertà di iniziativa economica e concorrenza - Violazione e falsa applicazione della lex specialis - Eccesso di potere per carenza dei presupposti in fatto e in diritto - Manifesto difetto di istruttoria - Illogicità e irragionevolezza manifeste;

-Violazione di legge - Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e 10 L. n. 241/90 - Violazione del contraddittorio procedimentale - Eccesso di potere - Difetto di motivazione e di istruttoria – Irragionevolezza.

12. Il Tar Campania, con sentenza -OMISSIS-, ha respinto il ricorso.

13. Avverso la decisione ha proposto appello -OMISSIS-, riproponendo, nella sostanza, le censure poste a fondamento del ricorso di primo grado, formulando altresì un'istanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE ed un'istanza di rimessione delle questioni giuridiche rilevanti all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

13.1 I motivi di appello possono essere così sintetizzati:

A) Il vincolo di aggiudicazione previsto dall'art. 51, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 non ha solo una funzione pro-concorrenziale e anti-accaparramento (come ritenuto dal Tar) ma anche quella di non "sovraccaricare" una stessa organizzazione aziendale con più servizi contemporanei, a discapito della qualità della prestazione. Nel caso di specie tale ultima funzione doveva ritenersi prevalente (se non esclusiva), come confermato dal disciplinare di gara.

Pertanto, la stazione appaltante non avrebbe potuto applicare il vincolo in senso sostanziale, cioè al complessivo centro decisionale (costituito da - OMISSIS-), ma solo a ciascuna di tali imprese considerata individualmente.

Solo una esplicita indicazione della finalità anti-concorrenziale del vincolo – da indicare negli atti di gara e nel caso di specie assente – avrebbe potuto consentire l'estensione del vincolo al gruppo inteso come unico centro decisionale e non alle singole imprese.

Ogni interpretazione diversa, secondo l'appellante, contrasterebbe con il principio del risultato ed avrebbe l'effetto paradossale di privare l'Amministrazione della prestazione migliore.

B) La stazione appaltante, pur a fronte della richiesta di chiarimenti posta dall'impresa partecipante, non aveva esplicitamente riferito il vincolo di aggiudicazione anche ad operatori diversi solo perché facenti capo ad uno stesso gruppo imprenditoriale.

C) L'art. 58, co. 4, del D.Lgs. n. 36/2023, che ha sostituito l'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016, confermerebbe la tesi sostenuta dall'appellante, nella parte in cui la norma di nuovo conio impone un obbligo di specificazione della finalità pro-concorrenziale del vincolo nella lex specialis, dovendosi in caso contrario il vincolo riferire solo ad esigenze di efficienza della prestazione. La disposizione del nuovo Codice dei Contratti è stata pertanto ritenuta norma di interpretazione autentica e, dunque, tendenzialmente retroattiva.

D) La Stazione appaltante ha violato il contraddittorio procedimentale ed il diritto di difesa, avendo dapprima ammesso la ricorrente alla gara, per poi,

successivamente, applicare il vincolo di aggiudicazione in maniera sostanziale ed allargata, senza alcuna ulteriore interlocuzione. Sul punto sarebbe peraltro errata la sentenza impugnata, che ha superato le censure in applicazione dell'art. 21 octies della L. n. 241/1990.

E) La sentenza risulta errata laddove non ha dichiarato l'inammissibilità dell'atto di intervento ad opponendum depositato da -OMISSIS- oltre il termine ex art. 50 c.p.a.

13.2 In subordine, l'appellante ha chiesto al Collegio di adire la CGUE al fine di chiarire se possa ritenersi compatibile con il diritto comunitario (in particolare con la Direttiva 2014/24/UE) una normativa interna che prevede la possibilità di applicare un vincolo di aggiudicazione generico ad operatori economici distinti, facenti capo ad uno stesso gruppo economico/centro decisionale.

13.3 In ogni caso, l'appellante ha chiesto al Collegio di rimettere all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla natura ed alla portata del vincolo di aggiudicazione, nonché alla natura interpretativa dell'art. 58, comma 4, del nuovo Codice, riscontrando al riguardo rilevanti oscillazioni giurisprudenziali tra la Sezione III e la Sezione V di questo Consiglio di Stato.

14. Si è costituita -OMISSIS-, -OMISSIS-, eccependo in via preliminare l'inammissibilità dell'appello.

Al riguardo, l'appellata ha rilevato che la legittimità della delibera -OMISSIS- – di identico contenuto rispetto alla delibera -OMISSIS- impugnata nel presente giudizio - era già stata riconosciuta con la sent. -OMISSIS- dal Tar per la Campania, Napoli, relativa al lotto n. 1 della gara oggetto del presente giudizio, in merito all'esclusione delle società del gruppo -OMISSIS- dalla procedura per effetto del vincolo di aggiudicazione.

Detta statuizione era stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato - OMISSIS- e -OMISSIS- non aveva proposto appello incidentale, con la conseguenza che il capo della sentenza doveva ritenersi oramai passato in giudicato.

Nel merito l'appellata si è opposta al ricorso, insistendo sulla correttezza della determina oggetto di impugnazione, che aveva esteso il vincolo di aggiudicazione anche alle imprese aggiudicatarie di lotti diversi, ma riconducibili ad un unico centro decisionale, e ciò a prescindere da una previsione espressa in tal senso da parte della lex specialis (che peraltro nel caso di specie si era premurata di evidenziare chiaramente la finalità pro-concorrenziale del vincolo di aggiudicazione).

Sotto altro profilo, l'Amministrazione precisato che il chiarimento fornito dalla stazione appaltante in sede di gara aveva confermato l'applicazione del vincolo di aggiudicazione anche alle società controllate o collegate a condizione che fosse risultata provata l'esistenza di un "unico centro decisionale", richiamando le più recenti decisioni della giustizia amministrativa che hanno ritenuto applicabile il vincolo di aggiudicazione anche alle imprese riconducibili ad un unico centro decisionale, benché aggiudicatarie di lotti diversi, e ciò a prescindere da una previsione espressa in tal senso da parte della lex specialis (c.d. orientamento "sostanzialista").

Quanto al motivo di appello relativo alla violazione del contraddittorio procedimentale, l'Amministrazione ha richiamato le previsioni della lex specialis ed i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in corso di gara, insistendo sulla legittimità delle statuizioni contenute nella sentenza appellata.

15. Si è costituita -OMISSIS- - terza graduata avente interesse alla reiezione del gravame in quanto ricorrente in altro giudizio avverso l'aggiudicazione in favore di -OMISSIS- - opponendosi all'appello con analoghe argomentazioni e difese in fatto ed in diritto.

16. Si è costituita anche l'Autorità Garante per la concorrenza e per il mercato con memoria di stile.

17. Con memoria depositata in data 9 gennaio 2024 l'appellante, nel ribadire tutti i motivi di ricorso, ha portato all'attenzione del Collegio le recentissime sentenze della V Sezione n. 45, n. 47, n. 48, n. 50, n. 59, n. 61 e n. 62 del 02.01.2024, dalle quali ha ritenuto di dover trarre elementi di conferma

rispetto alla tesi che postula un'espressa previsione di gara al fine di estendere il vincolo di aggiudicazione ad imprese facenti parti di un medesimo centro decisionale; in assenza di tale specificazione, pertanto, il vincolo medesimo potrebbe essere applicato esclusivamente alla singola azienda-concorrente, in quanto volto in via principale a garantire la qualità della prestazione (evitando più aggiudicazioni contemporanee) e non la regolazione del mercato.

18. Le altre parti hanno escluso che le suddette decisioni della V Sezione potessero applicarsi alla fattispecie oggetto del presente giudizio.

19. All'udienza pubblica del 25 gennaio 2024 il ricorso è stato introitato per la decisione.

20. Va scrutinata preliminarmente l'eccezione di inammissibilità dell'appello per essersi formato un giudicato implicito derivante dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-, non impugnata da -OMISSIS- mediante appello incidentale.

In particolare, -OMISSIS- ha eccepito che il Tar per la Campania, con la sent. -OMISSIS-, si era già espresso, seppur in via incidentale e con riferimento al lotto n. 1, in merito alla questione relativa alla legittimità della delibera -OMISSIS- – dal contenuto analogo alla delibera -OMISSIS- del 13.10.2022 oggetto specifico del presente gravame – con la quale le società del gruppo -OMISSIS- sono state escluse dalla gara, ritenendola legittima. La decisione del Tar Campania era stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-, che non aveva alcuna riforma parziale di tale capo di sentenza, non gravato da -OMISSIS- mediante appello incidentale, con la conseguente formazione del giudicato.

L'eccezione non è fondata.

L'oggetto del presente gravame è la determina della -OMISSIS- -OMISSIS- del 13.10.2022, che non ha costituito oggetto del giudizio NRG -OMISSIS- dinanzi al Tar per la Campania, Napoli, esitato nella sentenza -OMISSIS-. Pertanto, alcun giudicato implicito e/o esterno può essersi consolidato sulla legittimità della delibera impugnata nel presente giudizio per effetto della

conferma operata dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-, non potendosi nemmeno valorizzare l'analogia esistente tra le delibere -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS-, atteso che si tratta di provvedimenti distinti sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo.

Al riguardo deve inoltre rilevarsi che il giudicato di rigetto del ricorso proposto per l'annullamento di un provvedimento amministrativo non attesta la legittimità in assoluto dell'operato dell'amministrazione, ma piuttosto l'infondatezza delle specifiche censure in concreto mosse dal ricorrente (Cons. St., sez. IV, 28.5.2009, n. 3334).

La sentenza del Tar per la Campania, -OMISSIS- (confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato -OMISSIS-) si è pronunciata sulla legittimità della determinazione del Direttore Generale di -OMISSIS- -OMISSIS- del 11/5/2022, nella parte in cui l'Amministrazione ha aggiudicato alla soc. -OMISSIS- il lotto 1 della gara oggetto del presente giudizio, impugnata in via principale dalla ricorrente -OMISSIS-.

In quel giudizio, con ricorso per motivi aggiunti, la società -OMISSIS- ha impugnato anche la determinazione del Direttore Generale di -OMISSIS- -OMISSIS- del 28/09/2022, ma limitatamente all'interesse della ricorrente, ovvero sia *“nella parte in cui -OMISSIS- non aveva disposto l'esclusione della soc. -OMISSIS- dal lotto 1 della gara”*.

Ne consegue che le statuizioni con le quali il Tar si è espresso sulla legittimità di tale ultima determina non sono suscettibili di imporsi con la forza del giudicato esterno anche nel presente giudizio.

Mancando, pertanto, il requisito dell'identità delle questioni trattate, non può attribuirsi alcuna efficacia di giudicato implicito (*rectius* esterno) al capo della sentenza che riconosce la legittimità della determina -OMISSIS- di -OMISSIS-, nella parte in cui essa ha applicato il vincolo di aggiudicazione escludendo le imprese del gruppo -OMISSIS- dagli altri lotti, in ragione della riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

21. Nel merito l'appello è infondato, rimanendo assorbiti i motivi in rito formulati dall'appellante, in quanto non rilevanti, né potenzialmente idonei a supportare diverse conclusioni.

22. L'appellante censura la decisione impugnata nella parte in cui il Tar ha affermato la cogenza del vincolo di aggiudicazione previsto dal disciplinare di gara - ed implicante la mancata assegnazione della commessa in favore dell'appellante, risultata la migliore offerente - in assenza di esplicita e necessaria specificazione della finalità del vincolo negli atti di gara, attribuendo a detto vincolo una funzione pro-concorrenziale e anti-accaparramento, che ne imporrebbe l'applicazione non solo all'operatore che partecipa in forma singola, ma anche a quello che partecipa alla gara in collegamento con altri operatori, sottoposti ad un medesimo centro decisionale e, dunque, facenti parte di un'unitaria entità economica.

Tale interpretazione, sostiene l'appellante, avrebbe l'effetto di privare l'amministrazione della prestazione offerta dall'operatore risultato vittorioso, facendo prevalere le finalità di regolazione del mercato e della concorrenza rispetto al principio del risultato ed all'interesse pubblico ad ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo delle prestazioni.

Tale effetto si porrebbe, peraltro, in contrasto con la normativa comunitaria di riferimento (art. 46 Dir. 2014/24/UE), che facoltizza le stazioni appaltanti ad apporre vincoli di partecipazione e di aggiudicazione, i quali possono essere diretti sia ad assicurare una migliore qualità della prestazione, sia ad assicurare una maggiore apertura del mercato.

Nel primo caso, continua l'appellante, i suddetti vincoli troverebbero applicazione esclusiva con riguardo al singolo operatore economico, mentre nel secondo potrebbero essere applicati anche ad operatori economici collegati tra di loro, purchè la lex specialis di gara stabilisca espressamente il criterio oggettivo e non discriminatorio in base al quale, dovendosi il vincolo applicare ad aziende diverse, verranno selezionate le offerte/aggiudicazioni da mantenere e quelle da escludere.

Nella procedura oggetto di giudizio, secondo le prospettazioni della società appellante, la stazione appaltante – sia nel disciplinare di gara che nei successivi chiarimenti - aveva apposto un vincolo di partecipazione e di aggiudicazione generico, chiaramente diretto a perseguire finalità volte a garantire la qualità della prestazione e non in funzione pro-concorrenziale, con la conseguenza che il vincolo non poteva essere applicato ad aziende formalmente e sostanzialmente distinte, seppure riconducibili ad uno stesso centro decisionale ed economico.

A fondamento delle proprie asserzioni, l'appellante pone, innanzitutto, il Considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE, che preordina la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta non solo allo scopo di salvaguardare la concorrenza, ma anche a quello di garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento. Detta facoltà, peraltro, sarebbe testualmente riferibile solo all'operatore che partecipa in forma singola e non al caso di più operatori partecipanti facenti capo ad uno stesso gruppo economico.

Sotto altro profilo, l'appellante invoca l'art. 58, co. 4 del D.Lgs. n. 36/2023, nuovo Codice dei contratti pubblici, che consente alla stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente al fine principale di salvaguardare le caratteristiche della gara e l'efficienza della prestazione, e, solo gradatamente, per ragioni inerenti al relativo mercato. Solo relativamente a tale ultima finalità - da indicare espressamente nella lex specialis di gara – la norma consente di estendere il vincolo anche ai concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

L'appellante conferisce all'art. 58 cit. una valenza di interpretazione autentica, in ragione del contrasto interpretativo sorto sotto la vigenza del precedente articolo 51 del D.Lgs. n. 50/2016 e della chiara volontà del legislatore di risolvere le divergenti interpretazioni giurisprudenziali, con conseguente sostanziale efficacia retroattiva della disposizione.

23. Le argomentazioni spese dall'appellante a supporto del gravame non possono essere condivise.

24. Giova premettere che l'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016 ha recepito l'art. 46 ed il 78° Considerando della Direttiva 2014/24/UE, con i quali il Legislatore europeo, al dichiarato fine di agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, ha esortato le amministrazioni aggiudicatrici a suddividere in lotti i grandi appalti.

Il monito è stato recepito dal Legislatore nazionale, che all'art. 51 cit. ha stabilito un divieto di aggregazione artificiosa degli appalti in lotti in funzione elusiva delle disposizioni del Codice ed un obbligo di motivare la mancata suddivisione in Lotti, che rappresenta la regola per gli appalti di grandi dimensioni.

La medesima ratio pro-concorrenziale e di apertura del mercato alle piccole e medie imprese permea il secondo comma della disposizione (cd. vincolo di partecipazione), che consente alle stazioni appaltanti di limitare la possibilità di presentare offerte solo per alcuni dei lotti in gara, nonché il comma terzo, con il quale il Legislatore ha introdotto il cd. vincolo di aggiudicazione, con il quale le stazioni appaltanti possono limitare il numero di lotti aggiudicabili al singolo offerente.

Tale facoltà è volta ad evitare che il medesimo operatore economico, singolarmente o in forma di raggruppamento, possa aggiudicarsi più di un certo numero di lotti, per consentire una più ampia partecipazione nella fase aggiudicativa e per evitare posizioni monopolistiche e concentrazioni di potere economico imputabili ad un unico centro di interesse nella fase esecutiva inerente al settore strategico delle pubbliche commesse (Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2021, n. 505).

La suddivisione in lotti degli appalti consistenti e la possibilità per i bandi e le lettere di invito di contenere un doppio vincolo, di partecipazione e di aggiudicazione, non sono tuttavia di per sé sufficienti a garantire l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato di riferimento, in presenza di

strategie anticoncorrenziali o intese tra i singoli concorrenti tese a favorire la spartizione dei singoli lotti messi in gara (Cons. St., sez. III, 9 giugno 2020, n. 3682; id. 3 luglio 2020, n. 4289; id. 7 luglio 2020, n. 4361).

In queste ipotesi, la giurisprudenza ha ritenuto legittima non solo la limitazione del numero massimo di lotti attribuibili allo stesso operatore, ma anche il vincolo di partecipazione ai diversi lotti nella stessa forma e composizione, in quanto volto a garantire sia la corretta competizione fra le offerte riferite ai diversi lotti, sia la piena ed univoca responsabilità dei vincitori per l'adempimento delle specifiche obbligazioni nascenti dalla medesima gara in relazione ai diversi lotti (Cons. St., sez. III, 6 maggio 2020, n. 2865; id. 18 maggio 2020, n. 3135).

Ed infatti, il ricorso a forme partecipative sostanzialmente espressive di una medesima realtà imprenditoriale, riconducibile ad un unico centro di imputazione di interessi, pur non potendo essere sanzionata in sede di ammissione – dove è consentito allo stesso partecipante di concorrere a più o a tutti i lotti – opera in fase di aggiudicazione (Cons. St., sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493), laddove alla stazione appaltante è rimessa la facoltà di verificare il rispetto del vincolo di aggiudicazione e la compatibilità delle forme partecipative impiegate dai concorrenti con il limite sancito dalla legge di gara in funzione pro-concorrenziale (Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2021, n. 505).

E' stata pertanto ritenuta corretta un'interpretazione del vincolo di aggiudicazione di tipo sostanziale, e cioè riferita all'unitario "centro decisionale", ovvero ad un'organizzazione economica operante, a guisa di grande player di mercato, in forma di holding, ancorché l'offerta fosse formalmente imputabile a distinti operatori economici. Ciò al fine di disincentivare modalità di partecipazione che, anche se non collusive o abusive (ed in quanto tali passibili di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c, del D.L.gs. n. 50/2016), risultino comunque elusive del divieto di accaparramento. Ed infatti, la sola suddivisione in lotti prevista dalla lex

specialis ed il vincolo di aggiudicazione di cui al comma 3 dell'art. 51 cit, non sono in grado, da soli, di garantire che i lotti possano essere acquisiti da un unico ed organizzato gruppo societario che si avvalga di una pluralità di operatori economici controllati, eludendo nella sostanza le finalità pro-concorrenziali sottese alla normativa e pertanto, nel caso in cui sia limitato il numero dei lotti che possono essere aggiudicati ad un unico offerente, l'offerta imputabile ad un unico centro decisionale deve essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un solo offerente sostanziale (Cons. St., sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481).

25. Con riferimento al caso di specie, va osservato che la procedura oggetto di giudizio è stata suddivisa in 16 lotti territoriali coincidenti con l'ambito territoriale delle ASL e delle Aziende Ospedaliere della Regione Campania, al dichiarato fine di consentire l'accesso delle micro, piccole e medie imprese (art. 3 del Disciplinare d gara).

L'Amministrazione non ha ritenuto opportuna un'ulteriore frammentazione dei lotti in quanto la stessa avrebbe compromesso la gestione unitaria e coordinata dei servizi, rendendo peraltro l'esecuzione dell'appalto troppo costosa.

La stazione appaltante ha poi previsto un vincolo di partecipazione ed un vincolo di aggiudicazione.

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, 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 agli altri Lotti in gara.”

26. A fronte di tali previsioni, è stata posta all'amministrazione un'apposita richiesta di chiarimenti, volta a confermare una interpretazione dei suddetti vincoli tale per cui *“le aziende appartenenti al medesimo gruppo, sia esse controllate o collegate, ma risalenti a unico centro di controllo decisionale saranno equiparate a un solo singolo soggetto partecipante, e dunque sarà vietata loro la partecipazione a più di n. 8 lotti e l'aggiudicazione di più n. 4 lotti, complessivamente”*.

Nel dettaglio, l'impresa richiedente ha precisato che in caso contrario si sarebbe verificata un'automatica esclusione ai sensi dell'art. 80 comma 5, lettera m, del D.Lgs. n. 50/2016.

La stazione appaltante ha riscontrato la richiesta di conferma affermando che *“Secondo la giurisprudenza amministrativa la situazione di controllo e/o di collegamento tra imprese non è di per sé circostanza ostativa alla loro partecipazione a lotti diversi, in quanto la disposizione di cui all'art. 80 comma 5, lettera m, del D.Lgs. n. 50/2016 attiene alla partecipazione di imprese che si trovano in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. e partecipano al medesimo lotto. In ogni caso il giudice amministrativo esclude qualsiasi automatismo, non consentendo che società tra loro collegate o appartenenti ad un gruppo vengano per tale sola ragione considerate alla stregua di un unico concorrente, occorrendo che sia provata l'assenza di autonomia decisionale ed organizzativa.”*

In sede di verifica dei requisiti per l'ammissione alla procedura concorsuale, la Commissione ha riscontrato che quattro operatori economici (-OMISSIS-), riconducibili al medesimo gruppo -OMISSIS-, avevano avanzato domanda di partecipazione alla gara, sebbene per lotti diversi, ed a fronte di apposito approfondimento istruttorio, ha ammesso i predetti operatori alle fasi successive della procedura, escludendo che vi fosse la prova della mancanza di

autonomia decisionale ed organizzativa degli operatori economici in questione.

A fronte del riscontro di elementi indicativi di un'intesa tra le partecipanti (sovrapposibilità delle offerte tecniche dei medesimi operatori economici, presentazione del DGUE con le stesse carenze, pagamento dei CIG nella stessa giornata e sottoscrizione della fidejussione con gli stessi intermediari) la stazione appaltante ha interpellato l'AGCM, per le valutazioni di competenza.

L'Autorità ha riscontrato la richiesta, escludendo effetti di limitazione del gioco competitivo, rilevando al contempo che l'obiettivo di garantire una distribuzione dell'appalto complessivo tra più entità economiche ed evitarne l'accaparramento ad opera di uno solo o di pochi soggetti – sotteso alla facoltà prevista dall'art. 51, commi 2 e 3 e adottato da -OMISSIS- con l'introduzione discrezionale di vincoli di partecipazione e di aggiudicazione – rischiasse di essere vanificato laddove tali limiti fossero stati applicati alle singole società individualmente, a prescindere dalla loro appartenenza allo stesso centro di controllo.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto che, ai fini dell'applicazione del limite massimo di partecipazione e aggiudicazione di più lotti, le diverse società offerenti dovessero essere considerate come un'unica entità economica, quando sottoposte al medesimo centro di controllo.

In esito a tale chiarimento, -OMISSIS-, espletata apposita istruttoria, ha riconosciuto le suindicate società sottoposte al medesimo centro di controllo da parte di -OMISSIS- e successivamente dalla società -OMISSIS-, costituendo le stesse un'unica entità economica ed ha pertanto disposto lo scorrimento della graduatoria in favore degli operatori economici risultati secondi.

27. In tale quadro, deve ritenersi che la sentenza impugnata abbia correttamente riferito la ratio del vincolo di aggiudicazione (così come del resto quella del vincolo di partecipazione) ad un'esigenza pro-concorrenziale: in particolare 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.

Sotto tale profilo, pertanto, il vincolo di aggiudicazione è diretto a completare ed 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: ed infatti, in assenza di detto vincolo, le imprese di minori dimensioni ben difficilmente riuscirebbero a superare la concorrenza di quelle dominanti, le quali finirebbero inesorabilmente con l'accaparrarsi tutti i lotti della procedura.

Com'è stato ben evidenziato dalla giurisprudenza di questo Consiglio *“la finalità pro-concorrenziale è assicurata consentendo la distribuzione dei lotti tra il maggior numero possibile di concorrenti onde incentivare la concorrenza sul mercato e ridurre l'eventualità di situazioni di monopolio od oligopolio...omissis.... essa si realizza non al momento della partecipazione alla gara (che può essere consentita a tutti i concorrenti anche per tutti i lotti) ma quando le operazioni di gara si siano concluse con le proposte di aggiudicazione per i singoli lotti”* (Cons. St., sez. III, 18 gennaio 2021, n. 518; id. sez. V, 15 marzo 2021, n. 2184; id. 18 marzo 2021, n. 2350).

Pertanto, *“il vincolo di aggiudicazione traduce in atto quel che la suddivisione in lotti esprime in potenza; se, infatti, mediante la suddivisione in lotti si rende possibile la presentazione dell'offerta anche da parte di -OMISSIS-, non per ciò solo si realizza un'effettiva apertura del mercato, potendo le imprese di grandi dimensioni accaparrarsi tutti i lotti per la capacità di offrire condizioni più vantaggiose e così mantenere, anche al termine della procedura, il medesimo assetto iniziale del mercato. Diversamente, con il vincolo dell'aggiudicazione, 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.*

In sostanza, con il vincolo di aggiudicazione si incide 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. In questo senso, il vincolo di aggiudicazione è misura complementare alla suddivisione in lotti della procedura la cui applicazione è scelta in via preferenziale come essenziale completamento della disposta suddivisione in lotti e di regola prevista dalla stazione appaltante per la più sicura realizzazione della finalità enunciata dal legislatore in apertura dell'art. 51 (“...favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese”) (Cons. St. Sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402).

28. Alla luce di tali chiare coordinate ermeneutiche, ritiene il Collegio che la funzione pro-concorrenziale e di incentivo all'accesso al mercato delle - OMISSIS- non sia nel caso di specie seriamente contestabile.

Il vincolo di aggiudicazione serve a rendere effettivo l'obbligo di suddivisione in lotti dei grandi appalti, che l'art. 51, comma 1, collega direttamente “al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese”.

Ciò non vuol dire che detto vincolo non possa avere anche altre finalità, 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.

Tuttavia, dette finalità ulteriori, che del resto l'Amministrazione potrebbe perseguire anche con altri strumenti (in primis attraverso una dettagliata prescrizione delle specifiche tecniche e qualitative dell'appalto), devono ritenersi 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.

29. Tali conclusioni non sono scalfite dalla natura facoltativa e non obbligatoria del vincolo di aggiudicazione.

La ragione della facoltatività sta proprio nell'intima connessione che sussiste tra i commi 1 e 3 della disposizione.

Com'è stato accennato in premessa, la suddivisione in lotti dell'appalto è solo tendenzialmente obbligatoria, potendo essere disattesa previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante. Si tratta, in sostanza, 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; id. 7 febbraio 2020, n. 973; id. sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076).

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, che dovrà valutare se, in base alle caratteristiche intrinseche dell'appalto e della sua complessità, sia possibile, a monte, la sua suddivisione in lotti e, a valle, l'apposizione di un determinato vincolo di aggiudicazione.

Ciò 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 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.

30. In conclusione, deve affermarsi che, 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.

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.

Pertanto, 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, mentre potrebbe avere anche finalità proconcorrenziali e quindi essere esteso ad operatori diversi solo in caso di esplicita previsione da parte della lex specialis.

Al contrario, va ribadito 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.

Ma 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.

Al riguardo, la giurisprudenza di questa Sezione (cfr. sentenza nr. 9003/2022 e l'ampia disamina della problematica ivi contenuta) 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. Ciò in quanto, 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. 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).

31. Nel caso di specie, emerge dagli atti di causa la sostanziale riferibilità ad un unico centro decisionale delle offerte proposte da quattro operatori economici (-OMISSIS-) riconducibili al medesimo gruppo (-OMISSIS-), ovverosia alla medesima realtà imprenditoriale ed aziendale.

Ciò è stato desunto dai seguenti e non contestati elementi:

- la società -OMISSIS- è risultata essere socio unico in -OMISSIS- e socio di maggioranza, con il 77% delle quote, in -OMISSIS-, mentre successivamente tutte e quattro le società hanno avuto lo stesso socio di maggioranza -OMISSIS-;

- nelle quattro società sono risultati presenti i medesimi soggetti, con cariche diverse ed una sostanziale condivisione di governance e management;

- le offerte dei suindicati soggetti sono state presentate lo stesso giorno, così come i CIG sono stati pagati nella stessa giornata, i relativi DGUE hanno evidenziato le stesse carenze e gli operatori hanno sottoscritto le fidejussioni con gli stessi intermediari finanziari;

- le relazioni tecniche presentate in sede di gara sono risultate sovrapponibili, così come le giustificazioni dell’offerta anomala.

A fronte di tale condizione di collegamento e di coordinamento, non specificamente contestata, 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.

Pertanto, l'interpretazione del vincolo di aggiudicazione nel senso auspicato dall'appellante 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).

32. Indicazioni di senso contrario non possono trarsi dal contenuto dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante a seguito di un quesito con il quale, è bene precisarlo, è stato chiesto all'Amministrazione di "confermare" una interpretazione dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione tale per cui "le aziende appartenenti al medesimo gruppo, sia esse controllate o collegate, ma risalenti a unico centro di controllo decisionale saranno equiparate a un solo singolo soggetto partecipante, e dunque sarà vietata loro la partecipazione a più di n. 8 lotti e l'aggiudicazione di più n. 4 lotti, complessivamente".

La stazione appaltante, sebbene in maniera non compiutamente esplicita, ha riscontrato il quesito enunciando un principio di carattere generale e cioè che "Secondo la giurisprudenza amministrativa la situazione di controllo e/o di collegamento tra imprese non è di per sé circostanza ostativa alla loro partecipazione a lotti diversi, in quanto la disposizione di cui all'art. 80 comma 5, lettera m, del D.Lgs. n. 50/2016 attiene alla partecipazione di imprese che si trovano in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. e partecipano al medesimo lotto. In ogni caso il giudice amministrativo esclude qualsiasi automatismo, non consentendo che società tra loro collegate o appartenenti ad un gruppo vengano per tale sola ragione considerate alla stregua di un unico concorrente, occorrendo che sia provata l'assenza di autonomia decisionale ed organizzativa."

In sostanza, l'Amministrazione, nel richiamare l'orientamento giurisprudenziale che preclude l'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, lettera m, del D.Lgs. n. 50/2016 nel caso di gara suddivisa in lotti, ha mantenuto aperta la possibilità di considerare gli offerenti collegati alla stregua di un unico soggetto in caso fosse stata provata "l'assenza di autonomia decisionale ed organizzativa", il che è stato valorizzato in sede di applicazione del vincolo di aggiudicazione.

Ed infatti, nel corso dell'istruttoria, tra quattro delle imprese in gara è stata riscontrata esattamente l'esistenza di una situazione di collegamento e coordinamento tale da escludere l'autonomia decisionale ed organizzativa di ciascun offerente, il che ha determinato l'interpretazione sostanzialistica del vincolo operata dall'Amministrazione, per nulla contraddetta dal tenore della risposta al quesito.

33. Con diversa argomentazione, l'appellante invoca, a supporto delle proprie asserzioni, l'art. 58, co. 4, del D.Lgs. n. 36/2023 (nuovo Codice dei contratti pubblici), che consente alla stazione appaltante di limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente al fine principale di salvaguardare le caratteristiche della gara e l'efficienza della prestazione, e, solo gradatamente, per ragioni inerenti al relativo mercato. Solo relativamente a tale ultima finalità - da indicare espressamente nella lex specialis di gara - la norma consentirebbe, secondo la tesi sostenuta dall'appellante, di estendere il vincolo anche ai concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

L'appellante attribuisce a tale norma una valenza di interpretazione autentica, in ragione del contrasto interpretativo insorto sotto la vigenza del precedente articolo 51 del D.Lgs. n. 50/2016 e del dichiarato intento del legislatore, diretto a risolvere le contrastanti interpretazioni giurisprudenziali, con conseguente sostanziale efficacia retroattiva della disposizione.

La tesi non può essere condivisa.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già espresso dubbi sulla portata interpretativa autentica dell'art. 58, comma 4, del D.Lgs. n. 36/2012, statuendo che *“i margini per una indicazione esegetica che, per quanto in retrospettiva, è possibile trarre dalla nuova codificazione (in sé verisimilmente e quanto meno in parte innovativa e, come tale, insuscettibile di immediata applicazione alle vicende procedurali attive prima della sua entrata in vigore, al 1° luglio 2023) sono, in principio e in varia direzione, opinabili.”*(Cons. St., sez. V, sent. n. 8127/2023).

Ciò posto, e ferma l'impossibilità di applicare la disposizione di nuovo conio ai fatti di causa *ratione temporis*, la tesi sostenuta dall'appellante non può comunque essere condivisa per le ragioni che seguono.

L'art. 58, comma 4, del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 dispone: *“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. 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. In ogni caso il bando o l'avviso di indizione della gara contengono l'indicazione della ragione specifica della scelta e prevedono il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite”*.

L'Appellante sostiene che il vincolo di aggiudicazione derivante da *“ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione”* debba essere riferito solo *“al medesimo concorrente”* e non *“anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile”*, ai quali, invece, può riferirsi il vincolo di aggiudicazione relativo *“a ragioni inerenti al relativo mercato”*.

Di qui la conseguenza che solo una specifica indicazione della finalità pro-concorrenziale nel disciplinare di gara potrebbe consentire di estendere il

vincolo ai concorrenti che partecipano in forma “collegata”, dovendosi in caso contrario il vincolo riferire solo al singolo concorrente, in quanto avente finalità connesse all’efficienza della prestazione.

Innanzitutto, è opportuno rilevare che la tesi propugnata dall’appellante presupporrebbe che, per limitare le “ragioni inerenti al relativo mercato” ai soli concorrenti che versano in situazioni di controllo o collegamento, la congiunzione “oppure” avrebbe dovuto essere seguita da un segno di interpunzione, che non compare nella formulazione della disposizione.

In ogni caso, la tesi sostenuta dall’appellante dà per scontato che l’esito della mancata specificazione del vincolo nella documentazione di gara sia quella di ritenere il vincolo stesso come non apposto, il che determinerebbe effetti distorsivi sulla competizione, avendo i concorrenti formulato le proprie offerte sulla base del bando, come connotato dal vincolo.

Al riguardo, pare utile richiamare quanto osservato nella Relazione illustrativa al Nuovo codice dei Contratti pubblici, D.Lgs. n. 36/2023, redatta dal Consiglio di Stato, nella quale si rimarca che laddove un’impresa presentasse un’offerta tendente all’aggiudicazione di un numero maggiore di lotti rispetto a quelli consentiti, fidando sull’illegittimità-inesistenza del vincolo in quanto immotivato (nella sua finalità), si troverebbe in una posizione di ingiustificato vantaggio rispetto alle altre concorrenti, che invece hanno formulato l’offerta sul presupposto dell’esistenza ed efficacia del vincolo medesimo.

Pertanto, è opinione del Collegio che anche la nuova disposizione non possa essere interpretata in maniera rigida, nel senso di precludere alla stazione appaltante – nel caso in cui non vi sia una specifica indicazione della finalità del vincolo nella *lex specialis* - di valutare se le offerte riconducibili al medesimo centro decisionale stiano comportando, di fatto ed in concreto, un indebito accaparramento dei lotti da parte di un medesimo operatore “dominante” ed a scapito delle piccole e medie imprese.

L’opinione contraria contrasterebbe, del resto, con le previsioni di favore per le imprese di prossimità contenute nell’art. 1, lett. d), della legge delega n. 78

del 21 giugno 2022, da intendere come tendenza “di sistema”, al fine di evitare problemi di compatibilità con il diritto dell’U.E.

34. Tutto quanto sopra premesso, venendo nuovamente al caso di specie, deve pure rilevarsi che nella presente procedura di gara la funzione essenzialmente pro-concorrenziale ed anti-accaparramento del vincolo risulta confermata anche dalla Relazione tecnico-illustrativa redatta da -OMISSIS-, la quale, dopo aver dato atto che *“Il mercato dei servizi di vigilanza è caratterizzato dalla presenza di 2 principali tipologie di attori: istituti di vigilanza che prestano i servizi di vigilanza armata, fissa e armata, televigilanza, telesorveglianza, ecc.; grandi istituti di vigilanza che espletano congiuntamente i servizi di vigilanza e di custodia e portierato”*, precisa che la suddivisione in lotti ed i vincoli di partecipazione ed aggiudicazione sono stati previsti *“sulla base delle risultanze dell’analisi di mercato di riferimento, al fine di garantire la massima concorrenzialità ed apertura del mercato anche agli operatori di minor dimensioni”*.

Ciò conferma che la finalità principale del vincolo di aggiudicazione nella presente procedura di gara era proprio quella di evitare situazioni di accaparramento e concentrazione del servizio nelle mani dei grandi player di mercato, risultando di contro indimostrato l’assunto dell’appellante, che ha riferito il vincolo a finalità essenzialmente “pratiche”, ovverossia quelle di evitare che la stessa azienda fosse contemporaneamente (sovra)impegnata all'erogazione del servizio in diversi ambiti territoriali o in altri lotti.

In assenza, pertanto, di comprovate giustificazioni alternative del vincolo, la tesi sostenuta dall’appellante avrebbe il solo effetto di consentire ad un unico centro decisionale costituito da -OMISSIS-, di aggiudicarsi 11 dei 16 lotti in gara, concretando esattamente l’effetto di sostanziale chiusura del mercato alle piccole e medie imprese che la disciplina nazionale e comunitaria mira ad evitare.

35. Sotto altro profilo, l’appellante lamenta la violazione del contraddittorio procedimentale e del diritto di difesa, deducendo che la stazione appaltante aveva dapprima ammesso la ricorrente alla gara, per poi, successivamente,

applicare il vincolo di aggiudicazione in maniera sostanziale ed allargata, senza alcuna ulteriore interlocuzione. Sarebbe pertanto errata la sentenza impugnata, che aveva superato le censure in applicazione dell'art. 21 octies della L. n. 241/1990, richiamando le finalità proconcorrenziali e anti-accaparramento del vincolo di aggiudicazione, applicabile sempre a soggetti giuridici formalmente diversi ma facenti capo ad uno stesso centro economico e decisionale.

Ritiene il Collegio che anche questo capo della sentenza impugnata meriti conferma, in quanto l'eventuale apporto collaborativo dell'interessata non avrebbe potuto indurre ad un diverso esito, avendo la stazione appaltante riscontrato, a seguito di un consistente approfondimento istruttorio, ben più di un mero collegamento tra imprese, ma una vera e propria riferibilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale, con conseguente applicazione del vincolo di aggiudicazione nei sensi e nei termini chiariti in precedenza.

Al riguardo, la giurisprudenza ha escluso che *“sussista in ogni caso un incondizionato obbligo della stazione appaltante di attivare un autonomo subprocedimento di verifica, nel contraddittorio delle parti, circa la riferibilità delle offerte ad un unico centro decisionale: tale eventualità, invero, potrebbe porsi solo laddove l'Amministrazione non sia in grado di individuare degli elementi obiettivi tali da fondare, anche solo in via indiziaria ma pur sempre con connotato di univocità, la probabile sussistenza di un medesimo centro decisionale, pur a fronte di una (formale) pluralità di offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2018, n. 1753 e giurisprudenza ivi richiamata). Ne segue che ove l'avvio del subprocedimento di verifica in contraddittorio con le imprese interessate non avrebbe potuto condurre ad un esito diverso dall'esclusione, come nel caso in esame, può al più ravvisarsi una violazione procedimentale non invalidante ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, l. 7 agosto 1990, n. 241”* (Consiglio di Stato sez. V, 14 dicembre 2021 n. 8340; 11 luglio 2016 n. 3057).

36. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritiene il Collegio che non sussistano i presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale alla CGUE invocato dall'appellante e diretto a chiarire se possa ritenersi compatibile con il diritto comunitario (in particolare con la Direttiva 2014/24/UE) una

normativa interna che prevede la possibilità di applicare un vincolo di aggiudicazione generico ad operatori economici distinti, facenti capo ad uno stesso gruppo economico/centro decisionale *“O se invece, in tali casi, il vincolo non vada inteso nella ottativa natura, indicata dall’art. 46 e dal Considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE, di essere volto a garantire la qualità della prestazione dovendosi quindi applicare al singolo operatore/azienda.”*

36.1 Come noto, la Corte di Giustizia si è più volte pronunciata sull’obbligo di rinvio pregiudiziale. Tra le altre, la decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 6 ottobre 2021, in causa C-561/2019, - OMISSIS-, ha affermato importanti principi in materia di obbligo di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 267 del Trattato giungendo, tra l’altro, alle seguenti conclusioni: *“L’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all’interpretazione del diritto dell’Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell’Unione di cui trattasi è già stata oggetto d’interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell’Unione s’impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi”*.

Può dirsi che la sentenza abbia un valore sostanzialmente confermativo dell’indirizzo riconducibile ai cosiddetti “criteri Cilfit”, riguardanti la definizione dei casi in cui il giudice è dispensato dall’obbligo di rinvio, anche se nella pronuncia possono leggersi alcuni significativi elementi di novità.

In particolare, la Corte ha precisato che, per escludere l’obbligo del rinvio, può considerarsi non solo il precedente riguardante un caso identico, ma anche una o più pronunce relative a situazioni analoghe a quella oggetto del giudizio nazionale.

Ulteriore elemento significativo può rinvenirsi nella specificazione del criterio dell’“atto chiaro”, idoneo ad escludere la sussistenza dell’obbligo di rinvio.

La sentenza precisa al punto 39, che il giudice di ultimo grado *“può altresì astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell’Unione e*

risolverla sotto la propria responsabilità qualora l'interpretazione corretta del diritto dell'Unione s'imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (sentenze del 6 ottobre 1982, Cilfit, 283/81, punti 16 e 21, nonché del 9 settembre 2015, Ferreira da Silva e Brito, C-160/14, punto 38)".

Peraltro, l'univocità dell'interpretazione non può basarsi sulla sola considerazione della giurisprudenza dello Stato cui appartiene il giudice di ultima istanza. Difatti, il principio espresso dalla CGUE, 9 settembre 2015, C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva, è il seguente: *“l'articolo 267, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto a sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale [...] in circostanze quali quelle del procedimento principale, contraddistinte al contempo da decisioni divergenti di giudici di grado inferiore quanto all'interpretazione [...] e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione della medesima nei vari Stati membri”*.

L'onere posto a carico del giudice nazionale è ampiamente mitigato dalla Corte, secondo cui il confronto con le esperienze degli altri ordinamenti non impone di effettuare lunghe indagini, ma deve basarsi sui dati effettivamente disponibili, con particolare riferimento a quelli offerti dalle parti in giudizio.

Difatti, la Corte precisa al punto 44 della sentenza 6 ottobre 2021, in causa C561/2019 che *“Se un giudice nazionale di ultima istanza non può certamente essere tenuto a effettuare, a tal riguardo, un esame di ciascuna delle versioni linguistiche della disposizione dell'Unione di cui trattasi, ciò non toglie che esso deve tener conto delle divergenze tra le versioni linguistiche di tale disposizione di cui è a conoscenza, segnatamente quando tali divergenze sono esposte dalle parti e sono comprovate.”*

36.2 Alla luce di queste premesse, il Collegio ritiene che la questione interpretativa sia posta in termini tali da consentire l'esonero dall'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

36.3 Al riguardo, deve innanzitutto rilevarsi che è proprio la normativa comunitaria (cfr. in particolare il Considerando 2, 59 e 79 della Direttiva

2014/24/UE) ad invitare gli Stati ad agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato, non solo mediante la suddivisione in lotti, ma anche mediante vincoli di aggiudicazione; e tale esigenza non può che essere declinata nell'ottica sostanzialista fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria, evitando che forme di collegamento o di aggregazione tra operatori economici eludano o frustrino la ratio pro-concorrenziale, anti-accaparramento ed antitrust che innerva il principio di suddivisione dei grandi appalti in lotti ed il vincolo di aggiudicazione, che ne costituisce il corollario.

Al riguardo, appare utile evidenziare il disposto del citato considerando 59, nella parte in cui sollecita un attento monitoraggio dell'aggregazione e della centralizzazione delle committenze all'esplicito e dichiarato fine di *“evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le -OMISSIS-”*

36.4 La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sent. 8245/2021), alla quale il Collegio intende dare continuità, ha peraltro già escluso che la questione posta dall'appellante possa integrare gli estremi del rinvio pregiudiziale obbligatorio, richiamando *“la pronuncia della Corte di giustizia UE adottata nella causa C-538/07, laddove si è affermato il principio per cui il diritto europeo osta a una disposizione nazionale (in specie, l'art. 10, comma 1-bis, l. n. 109 del 1994, che richiamava espressamente il controllo ex art. 2359 Cod. civ.) che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca “un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara” (Corte di giustizia, 19 maggio 2009, causa C-538/07). Analogamente potrebbe ritenersi l'illegittimità di un sistema che precluda a priori la prova contraria di condotte elusive del vincolo di aggiudicazione a fronte di previsioni legali di collegamento fra società, ma non è questa la situazione regolata dalla legge di gara oggetto del presente contenzioso.”*

Anche nel presente giudizio, la *lex specialis* di gara, così come i successivi chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, non hanno impedito alle imprese collegate la partecipazione alla gara, ma hanno evitato che offerte riferibili ad un medesimo centro decisionale potessero appropriarsi dell'intera commessa.

In sostanza, a seguito dell'istruttoria condotta dalla stazione appaltante, avvalendosi altresì dell'ausilio dell'AGCM, è emerso ben più di un mero collegamento tra imprese, avendo -OMISSIS- riscontrato l'esistenza di una cabina di regia unica (id est un medesimo centro decisionale), idonea ad influenzare il comportamento delle imprese nella gara, come dimostrato dagli specifici indici rilevatori dell'esistenza di un unico centro di controllo tra gli operatori primi graduati, considerati pertanto alla stregua di un'unica entità economica.

Alla luce delle sopra indicate e non contestate circostanze, risulterebbe palesemente in contrasto con la Direttiva 2014/24/UE (e in particolare con i suoi Considerando 2, 59 e 79) un'interpretazione come quella sostenuta dall'appellante, non risultando peraltro il vincolo di aggiudicazione applicato in maniera automatica, in presenza di una situazione di collegamento societario formale, ma avendo la stazione appaltante riscontrato in concreto la sussistenza di una situazione di sostanziale unicità del centro di imputazione delle offerte.

Per tali ragioni non emergono profili di dubbio tali da imporre al Collegio la rimessione della questione pregiudiziale formulata dall'appellante alla Corte di Giustizia dell'U.E..

37. Infine, l'appellante chiede al Collegio di rimettere all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione relativa alla natura ed alla portata del vincolo di aggiudicazione, nonché alla natura interpretativa dell'art. 58, comma 4, del nuovo Codice, "riscontrandosi rilevanti oscillazioni giurisprudenziali" tra la Sezione III e la Sezione V.

In particolare, l'appellante evidenzia che, mentre in alcune decisioni (in particolare il riferimento è alle sentenze Cons. St., Sez. III, n. 4625/2022; Sez.

V, n. 2350/2021, n. 4718, n. 4725 e n. 4726 del 2022, n. 8726, n. 8729 e n. 8730 del 2022) è stato ritenuto che la stazione appaltante possa applicare il vincolo di aggiudicazione a più operatori economici riferibili al medesimo centro decisionale solo in presenza di un'apposita specificazione in tal senso nella lex specialis di gara, in altre decisioni di questa Sezione (in particolare Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022 nn. 8990-9000-9003; 15 giugno 2023 n. 5900) è stata preferita l'interpretazione "sostanzialista" del suddetto vincolo, di cui si è ampiamente dato conto, fatta propria anche dalla presente decisione.

37.1 Non sussistono i presupposti previsti dall'art. 99 c.p.a. per la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria.

37.2 Va innanzitutto rilevato che la più volte citata sentenza n. 09003/2022, alla quale è opportuno rimandare per l'ampia disamina dei due orientamenti emersi in giurisprudenza e per le condivisibili conclusioni a cui è giunto il Collegio, ha già affrontato e risolto la questione, sgomberando il campo da quello che è stato definito un "falso problema".

In quella decisione, la Sezione ha chiarito che *"Ad una corretta e serena analisi della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in argomento non è dato riscontrare la sussistenza di posizioni realmente divergenti (sui termini generali della questione: e fatta salva, ovviamente, la peculiarità delle singole fattispecie), sicché non vi è materia di rimessione all'Adunanza Plenaria....omissis...la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, sicuramente a partire dalla sentenza della V Sezione n. 6481 del 2021, è assolutamente pacifica e coerente – con l'unica eccezione della isolata pronuncia n. 8245 del 2021 della V Sezione - nel ritenere che il vincolo di aggiudicazione si applichi non soltanto alla singola impresa, ma "ad un unico centro decisionale"...."*. A tale decisione ha fatto eco la successiva sentenza n. 8127/2023 della V Sezione, che dopo aver operato un altrettanto approfondita disamina dei due orientamenti emersi in giurisprudenza e delle connesse implicazioni applicative, ha chiaramente respinto, *"per le vicende ancora regolate dall'art. 51, comma 3 d. lgs. n. 50/2016, l'intendimento di una (già) necessaria indicazione espressa in re della legge di gara, il cui*

silenzio debba per tal via intendersi de plano quale significativo di una implicita opzione negativa”.

37.3 In ogni caso, deve pure rilevarsi che la lettura di tutte le decisioni indicate dall'appellante fa emergere con chiarezza che ciascuna opzione ermeneutica è risultata inevitabilmente condizionata dalle peculiarità del singolo caso di specie, le quali hanno guidato il Collegio nella risoluzione della specifica controversia, sminuendo la rilevanza della quaestio iuris in termini generali ed astratti.

37.4 Tali conclusioni rimangono ferme anche a seguito delle recentissime sentenze della V Sezione n. 45, n. 47, n. 48, n. 50, n. 59, n. 61 e n. 62 del 02.01.2024, segnalate dall'appellante con la memoria del 9 gennaio 2024.

Al riguardo, occorre innanzitutto rilevare che le suddette sentenze si sono pronunciate – con costante e stretto riferimento alle peculiarità della relativa *lex specialis* - sull'estensione applicativa del vincolo di partecipazione al di là del singolo offerente, effettuando valutazioni estese al diverso vincolo di aggiudicazione solo in via indiretta.

Tale ultimo vincolo, infatti, è stato preso in considerazione – peraltro solo incidentalmente – al solo fine di considerare e fare salvi gli orientamenti espressi dalle già citate sentenze n. 9003/2022 e 6481/2021, in quanto connotate da elementi di specificità, senza possibilità di attribuire a quelle decisioni alcuna valenza sistematica in relazione alla questione applicativa del vincolo di aggiudicazione.

Peraltro, gli elementi di specificità che hanno indotto le precitate decisioni della V sezione a non intaccare l'orientamento espresso da questa Sezione con la sentenza n. 9003/2022, ricorrono anche nel presente giudizio, con riferimento alla presenza di plurimi indici sintomatici del centro decisionale unico.

38. In conclusione l'appello deve essere respinto.

39. La complessità del procedimento controverso, la particolarità e la novità delle questioni sottese giustificano la compensazione delle spese del presente

grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti e tutti gli altri soggetti nominativamente indicati nella presente decisione;

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

Enzo Bernardini, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Scarpato

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.