

L'estensione del vincolo di partecipazione.

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 4-4-2024

Introdotta il vincolo di partecipazione (...), costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta di ritenerlo operante in modo allargato, ancorchè l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici.

È infatti la stazione appaltante a stabilire se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico o patrimoniale, dovendo a tal fine valutare costi e benefici, anche in relazione alle modalità scelte per la perimetrazione dei singoli lotti, indicando specificamente quale è il criterio di espansione del vincolo di partecipazione.

In mancanza di detta scelta, l'espansione dello stesso al di là del singolo operatore partecipante non può essere considerata automatica, non potendosi ritenere implicitamente contenuta nella scelta di apporre il vincolo di partecipazione (...).

Non si ravvisano i presupposti, né di diritto UE, né di diritto interno, per ritenere che la previsione del vincolo di partecipazione privo di ulteriori connotati si possa espandere (senza specifica previsione della lex specialis) oltre le singole soggettività giuridiche che presentano l'offerta, al fine di rivolgersi a più ampie realtà imprenditoriali, nella specie, in particolare, al gruppo di società (concetto cui fa riferimento l'appello in esame).

Detta impostazione trova continuità, sul piano positivo, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, che all'art. 58 comma 4 prevede che la limitazione del "numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente" sia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e che solo esercitando un'ulteriore facoltà, la stazione appaltante possa decidere di estendere il limite quantitativo "a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'art 2359 codice civile".

N. 01956/2024REG.PROV.COLL.

N. 08522/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI STATO

In sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8522 del 2023, proposto da Marrocco Elevators S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 94423834F3, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

CONTRO

Ater di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Bravi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

NEI CONFRONTI

Del Bo S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola, Bianca Luisa Napolitano e Renato Ferola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

Del Bo Servizi S.p.a., Del Bo Impianti S.r.l., non costituite in giudizio;

PER LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 12625 del 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ater di Roma e di Del Bo S.p.a.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2024 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Marrocco Elevators S.r.l. ha impugnato la determinazione direttoriale n. 93 del 3 aprile 2023 di ATER Roma, recante in parte qua l'aggiudicazione del Lotto 3, id. CIG 9442383834F3, in favore di Del Bo S.p.a., dell'Appalto "misto di lavori di manutenzione straordinaria programmata e a guasto e servizi di conduzione degli impianti ascensore e montacarichi installati nei fabbricati e negli uffici di proprietà o in gestione dell'azienda Territoriale per l'edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma – ripartito in 3 lotti - per il periodo di 3 anni - COD. GARA MS202240STI 1, 2, 3".

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso con sentenza n. 12625 del 2023, appellata da Marrocco per i seguenti motivi di diritto:

I) error in iudicando - violazione e falsa applicazione di legge – violazione dell'art. 46 della direttiva UE 2014/24 - violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 – violazione dell'art. 41 della Costituzione – falsa applicazione della sez. I.2.6 del bando e dell'art. 3 del disciplinare di gara - elusione dei principi di autonomia e libera determinazione dell'iniziativa economica - eccesso di potere – ingiustizia manifesta – erronea ponderazione della fattispecie contemplata – irragionevolezza e abnormità - altri profili;

II) error in iudicando - violazione e falsa applicazione degli artt. 51 e 80 d.lgs. n. 50/2016 - violazione degli artt. 101, 102 e 103 TFUE - eccesso di potere – erronea ponderazione della fattispecie contemplata - difetto di istruttoria – illogicità manifesta – altri profili.

Si sono costituiti per resistere al gravame Ater di Roma e Del Bo S.p.a.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 15 febbraio 2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Marrocco Elevators S.r.l. per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 12625 del 2023 che ha respinto

il ricorso dell'appellante per l'annullamento dell'aggiudicazione a Del Bo S.p.a. del lotto 3 dell'"appalto misto di lavori di manutenzione straordinaria programmata e a guasto e servizi di conduzione degli impianti ascensore e montacarichi installati nei fabbricati e negli uffici di proprietà o in gestione dell'azienda Territoriale per l'edilizia Residenziale Pubblica del Comune di Roma – ripartito in 3 lotti - per il periodo di 3 anni - COD. GARA MS202240STI 1, 2, 3".

Alla gara hanno partecipato: Del Bo Roma S.r.l. per il lotto1; Del Bo Servizi S.p.a. per il lotto 2; Del Bo S.p.a. per il lotto 3. Tutte le società fanno parte del gruppo Del Bo, e sono totalmente partecipate da Del Bo Impianti.

Al termine delle operazioni di gara le società Del Bo Servizi e Del Bo S.p.a. sono risultate aggiudicatrici dei rispettivi lotti a cui hanno partecipato.

Nel lotto 3, oggetto del presente giudizio, è risultata seconda graduata la Marrocco Elevators S.r.l., che contesta, essenzialmente, la violazione del vincolo di aggiudicazione (di un solo lotto), atteso che le società aggiudicatrici dei lotti 2 e 3, Del Bo Servizi e Del Bo S.p.a., sarebbero totalmente partecipate, in quanto il 100% delle loro azioni appartiene a Del Bo Impianti. Tale affermazione sarebbe avallata, per Marrocco, dal riferimento al bilancio consolidato di gruppo presentato da Del Bo Impianti, da cui emergerebbe un intreccio di rapporti tra controllante e controllate. La situazione di controllo comporterebbe che le offerte siano imputabili a un unico centro decisionale.

La sentenza impugnata, che ha sposato la tesi della difesa di Del Bo S.p.a., ha ritenuto, invece, che il bando e il disciplinare consentissero di qualificare la gara come ad oggetto plurimo, ossia come una procedura che sul piano logico e giuridico avrebbe potuto prendere avvio con due bandi diversi. Dunque, non varrebbe il divieto dell'art. 80, lett. m), ma solo il vincolo di aggiudicazione che, però, in concreto, come delineato dalla lex specialis, non risulta esteso alle situazioni di collegamento o controllo societario tra i partecipanti, con conseguente ininfluenza della questione della nozione di "impresa unica", che rilevarebbe solo in ambito antritrust.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza, atteso che le società del gruppo Del Bo dovrebbero essere considerate come impresa unica ai fini dell'applicazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione al quale la lex specialis ha previsto il cd. vincolo di aggiudicazione. Ed invero, le Società del gruppo Del Bo costituirebbero il medesimo centro di interessi, come risulterebbe confermato dal bilancio consolidato di gruppo presentato da Del Bo Impianti da cui emergerebbe un intreccio di rapporti tra controllante e controllate, tale da giustificare il riferimento alla giurisprudenza europea in tema di intesa anticoncorrenziale e di controllo integrale sulla partecipata.

Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto nuovamente che le offerte Del Bo S.p.a. e Del Bo Servizi sarebbero riferibili ad unico centro decisionale, con conseguente violazione anche dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'appello è infondato in entrambe le censure dedotte, che il Collegio ritiene di trattare congiuntamente in relazione alla loro stretta connessione.

Deve, innanzitutto, ribadirsi che, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, il bando e il disciplinare consentono, nel caso di specie, di qualificare la gara come ad oggetto plurimo, in considerazione delle seguenti peculiarità:

- a) suddivisione in tre lotti distinti;
- b) importi dei lotti distinti;
- c) requisiti commisurati al lotto per cui si concorre o, in caso di partecipazione a più lotti, commisurati al lotto di maggiore valore per cui si concorre;
- d) CIG distinti per ciascun lotto;
- e) contributi ANAC distinti per ciascun lotto;
- f) elenchi prezzi a base di gara distinti per ciascun lotto;
- g) offerte tecniche ed economiche distinte;
- h) distinti provvedimenti di aggiudicazione.

Ne consegue l'inapplicabilità delle preclusioni in materia di collegamento sostanziale, ex art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ed invero: “nel caso di “procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima”, deve ritenersi “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).

Nella fattispecie in questione, il disciplinare di gara, in sintonia con il punto II.1.6) del bando, prevede quanto segue: “L’appalto, ai sensi dell’articolo 51, co. 1 del Codice dei Contratti, è suddiviso in 3 lotti funzionali ai fini della tutela delle piccole e medie imprese, corrispondenti a 3 ambiti territoriali o macrozone in cui è ripartito il parco impianti elevatori secondo le linee di indirizzo già adottate dall’Azienda per l’affidamento del precedente appalto”.

“Il concorrente può presentare offerta per ciascuno dei 3 lotti, ai sensi dell’art. 51, comma 2 del Codice. Il concorrente risultato primo in graduatoria potrà essere aggiudicatario di un solo lotto, a partire dal lotto di maggiore valore. Pertanto il concorrente aggiudicatario provvisorio del lotto in esame, non parteciperà all’aggiudicazione dei lotti successivi”.

Tale lex specialis non ha formato oggetto di impugnazione.

Il collegio non ignora che, con sentenze del 27 novembre 2020, n. 7455 e n. 6481 del 27 settembre 2021, la sezione ha affermato che, pur prevedendo la *lex specialis* una clausola recante il vincolo di aggiudicazione, ma senza disporre un limite alla configurabilità delle imprese sotto diverse composizioni, lo stesso deve ritenersi insito nella nozione allargata di identità di impresa, tale da configurare la presenza di un identico operatore in situazioni di possesso totalitario delle quote delle altre partecipanti. Nella specie, la sezione ha affermato che: “Il Collegio ritiene che per dirimere la questione si debba seguire la strada maestra indicata dall’art. 2359 c.c., secondo il quale – punti nn. 1 e 2 – sono società controllate le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria e le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria. E’ incontestato che la Del Bo Impianti mandataria dell’a.t.i. aggiudicatario del lotto 2b sia titolare del 100% delle azioni della mandante del Del Bo Roma s.r.l. ed inoltre sempre del 100% delle azioni della Del Bo Servizi s.p.a. e della Del Bo s.p.a., raggruppate in a.t.i. ed in quanto tali aggiudicatarie del lotto 2a. In tale quadro è già difficile parlare di società controllate rispetto alle previsioni codicistiche, poiché siamo dinanzi ad una proprietà totalitaria del pacchetto azionario da parte della Del Bo Impianti riguardo alle altre tre Società e gli argomenti difensivi della Del Bo Impianti inerenti il mancato consolidato fiscale, i differenti amministratori e le costituzioni delle Società scaglionate nel tempo, restano del tutto irrilevanti dinanzi ad una simile concentrazione dei pacchetti azionari” (Cons. Stato, V, 27 novembre 2020, n. 7455).

Secondo tale orientamento, è violata la ratio dell’apposizione del vincolo unico di aggiudicazione se si aggiudicano più lotti a società dello stesso gruppo di appartenenza totalitaria della holding, che, sebbene siano formalmente “concorrenti” distinti dal punto di vista strettamente giuridico, nella sostanza appartengono a un’impresa unica in senso economico, valendo, nel caso specifico del controllo totalitario, la natura anche antitrust del vincolo.

Ed invero, nelle ipotesi esaminate dalle decisioni succitate, come nel caso di specie, il vincolo di aggiudicazione ex art. 51 rivela tutta la sua problematicità, trattandosi di ipotesi di controllo totalitario da parte della holding del gruppo societario.

Anche nella fattispecie in questione, il bando, pur esplicitando che il vincolo è posto a tutela delle piccole e medie imprese, non estende specificamente il vincolo di aggiudicazione ai gruppi societari, né alle ipotesi di collegamento societario.

Tuttavia, il collegio ritiene di riportarsi all’orientamento, pure più volte espresso dalla sezione, secondo cui: “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”, dequotando per tale via il profilo formale della pluralità soggettiva per far valere, di contro, la sostanziale unitarietà della proposta negoziale” (Cons. Stato, V, 19 gennaio 2023, n. 652).

Ed invero, anche in considerazione dell’entrata in vigore dell’art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 (secondo le cui previsioni: “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”), il collegio ritiene di aderire alle più recenti decisioni della sezione (cfr. Cons. Stato, V, 2 gennaio 2024, n. 59), secondo cui: “non può in generale ritenersi, in uno con l'appellante, che la ratio proconcorrenziale dell'istituto della suddivisione in lotti, e dell'intera disciplina dei contratti pubblici, conduca necessariamente all'espansione del vincolo di partecipazione (nel silenzio della legge di gara).

Le linee direttrici della disciplina dei contratti pubblici e gli specifici istituti che vengono qui in evidenza non supportano tale conclusione.

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

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

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

... la suddivisione in lotti risponde a una logica proconcorrenziale (di favore per le piccole e medie imprese).

L'operazione determina la suddivisione di una gara che potrebbe essere gestita come gara unica in più procedure distinte.

La ratio è quella di consentire una maggiore partecipazione, visto il moltiplicarsi dell'offerta pubblica e l'individuazione di forme di affidamento maggiormente accessibili (alle piccole e medie imprese) in quanto ad oggetto più limitato. Così facendo la suddivisione in lotti aumenta la partecipazione affiancando a operatori forti (che parteciperebbero anche in caso di gara unitaria) le piccole e medie imprese (che sono nelle condizioni di partecipare solo a singoli lotti).

La misura, di per sé sola, non assicura il raggiungimento dell'obiettivo, cioè la partecipazione delle piccole e medie imprese, oltre che degli operatori di più grandi dimensioni, essendo altrettanto rilevante il quomodo della suddivisione, cioè la perimetrazione dei lotti.

Che il mercato interno richieda il confronto concorrenziale fra più imprese possibili è testimoniato dal fatto che la Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha affermato che "è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto" (sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273).

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

Le considerazioni sono rese proprio in relazione alla presentazione dell'offerta da parte di società controllate, risultando evidente che il fine del più ampio confronto concorrenziale prescinde dall'appartenenza alla medesima realtà imprenditoriale, essendo piuttosto fondato sulla rilevanza del dato quantitativo della partecipazione.

La suddivisione in lotti, come rilevato dalla giurisprudenza, non priva l'Amministrazione delle offerte delle società di maggiori dimensioni e appartenenti a gruppo ma determina l'espansione della competizione anche a soggetti di piccole e medie dimensioni, così aumentando la concorrenza: "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)" (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2022 n. 4726).

Le direttive UE prevedono la suddivisione in lotti come scelta discrezionale della stazione appaltante, facoltizzando gli Stati membri a prevederla come obbligatoria (art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE), benché ritengano che le Amministrazioni debbano "essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti" ed "estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità

minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni" (considerando 78 della direttiva n. 2014/24/UE).

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

Così facendo il legislatore ha reso la suddivisione in lotti di una gara gestibile anche in modo unitario (che, altrimenti, non si parlerebbe di suddivisione in lotti ma di gare distinte) una opzione necessitata per le stazioni appaltanti italiane.

Nel fare ciò il legislatore italiano ha dato prevalenza alla logica proconcorrenziale (nei termini sopra illustrati) rispetto a quella di efficienza della spesa pubblica e di tutela del contraente pubblico, laddove invece la direttiva, considerando non vincolata la scelta di suddividere in lotti, rende evidente come la Ue rispetti scelte degli Stati membri che diano prevalenza alle esigenze pubblicistiche di efficienza della spesa e dell'amministrazione della cosa pubblica rispetto alle esigenze del mercato concorrenziale.

Nella prospettiva pubblicistica infatti la suddivisione in lotti presenta conseguenze negative, quali le diseconomie di scala, la minore coerenza prestazionale e la moltiplicazione delle procedure e del contenzioso, che sono compensate solo in parte dalla partecipazione alla gara, che dovrebbe aumentare la concorrenza anche sul prezzo o comunque sulla performance generale dell'affidamento, e dalla maggiore possibilità di ottenere una migliore prestazione, in ragione della maggiore concorrenza e della possibilità di meglio enucleare le esigenze da soddisfare in relazione ai singoli lotti.

La suddivisione in lotti determina lo svolgimento di una pluralità delle gare (è proprio moltiplicando le gare che si garantisce una maggiore concorrenza), seppur svolte con tempistiche simultanee e altri elementi comuni.

La diretta conseguenza di detta constatazione è che ogni singola impresa può decidere di partecipare anche a tutte le gare: in generale, quando ci sono diverse gare, le scelte di partecipazione rientrano nella libertà economica di ogni singola impresa. La competizione concorrenziale è affidata alla logica di mercato e alle scelte imprenditoriali, sicché saranno le singole imprese a stabilire se sono in condizioni di presentare una o più offerte.

La (diversa) possibilità di ridurre le scelte imprenditoriali di partecipazione è lasciata all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

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

La disciplina pertanto consente, non impone, di considerare congiuntamente le procedure dei diversi lotti per alcuni aspetti e specificamente al fine di imporre un vincolo di partecipazione (o di aggiudicazione, ma non è il caso di specie).

Quindi "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" (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2022 n. 4718).

La contemporanea previsione, contenuta nell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, del carattere vincolante della suddivisione in lotti e del carattere facoltativo dell'apposizione dei suddetti di partecipazione rende evidente che la suddivisione in lotti non ha, di per sé, quale finalità quella di disincentivare la partecipazione alla gara delle imprese più affermate sul mercato e la concentrazione di potere economico e precludere l'accaparramento di commesse da parte di operatori forti, essendo volta ad aumentare i concorrenti in gara, non a limitarli (seppure in ragione di finalità di interesse generale).

Dal punto di vista operativo il vincolo di partecipazione si fonda sul superamento della regola della distinzione delle gare per singolo lotto (e quindi della logica della suddivisione in lotti) in quanto stabilisce, contrariamente a quanto avverrebbe nel caso di svolgimento di varie gare distinte, nelle quali ogni operatore può liberamente partecipare, di ridurre le possibilità partecipative ad alcuni lotti.

È una scelta facoltativa nell'an, sia a livello interno sia a livello eurounitario: "Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti" (così nell'art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE e analogamente nell'art. 51 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).

L'art. 46 della direttiva n. 24/2014/UE è esplicito nel prevedere il carattere facoltativo dell'apposizione dei vincoli suddetti: è la stazione appaltante a decidere attraverso la *lex specialis*.

Il considerando 79 della direttiva n. 24/2014/UE è altrettanto eloquente dove afferma che, "se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta".

L'introduzione di vincoli di partecipazione delinea una prospettiva che modifica l'impostazione di fondo della suddivisione in lotti, che appunto mira a garantire una maggiore partecipazione alla gara affidando al confronto competitivo il raggiungimento del migliore esito. Detta prospettiva viene superata dall'introduzione di regole pubblicistiche volte a incidere sul confronto competitivo riducendolo sulla base della finalità di distribuire le commesse in gara.

Il vincolo di partecipazione, riducendo le possibilità di partecipazione degli operatori interessati, e in particolare dei grandi operatori, cioè di coloro che hanno la possibilità di partecipare a più o a tutti i lotti, oltre che aumentare le potenziali conseguenze negative rispetto all'efficienza della spesa pubblica, diminuisce le possibilità partecipative di questi ultimi e aumenta le chances di vittoria delle piccole e medie imprese. Ciò non vuol dire che le piccole e medie imprese abbiano una effettiva possibilità di vittoria, essendo ciò conseguenza delle caratteristiche del mercato oggetto di gara (e del numero di competitors di grandi dimensioni

che lo caratterizza), della tipologia di prestazione richiesta, delle modalità di svolgimento della specifica gara e della tipologia dei lotti.

Gli effetti di riduzione della concentrazione del potere economico (non propri della suddivisione in lotti) costituiscono quindi conseguenze solo eventuali dell'introduzione del vincolo di partecipazione.

L'introduzione dei vincoli, essendo facoltativa, rende necessario che vi sia una ragione alla base della scelta. E ciò risulta ancor più evidente se si considera che (come già sopra considerato) le diseconomie prodotte dalla suddivisione in lotti sono bilanciate dalla maggior efficienza portata dal confronto competitivo allargato, che i vincoli di partecipazione riducono.

Nella prospettiva pubblicistica infatti il sacrificio delle economie di scala (che si verifica con la suddivisione in lotti) è compensato dalla maggiore partecipazione alla gara, che dovrebbe aumentare la concorrenza anche sul prezzo o comunque sulla performance generale dell'affidamento: imponendo il vincolo di partecipazione si riduce questo secondo effetto.

Dal punto di vista degli effetti infatti "i vincoli di partecipazione possono avere un costo più alto in termini di (1) maggior facilità di coordinamento tra imprese (quindi un maggior rischio di turbativa d'asta) e (2) minor numero atteso di concorrenti su ciascun lotto" rispetto alla sola suddivisione dei lotti (così la relazione al d. lgs. n. 36 del 2023), così delineando una direzione opposta rispetto all'istituto della suddivisione in lotti, che dovrebbe assicurare una maggiore partecipazione competitiva. Risultano quindi ridotte, nella prospettiva pubblicistica, le possibilità che le diseconomie di scala siano controbilanciate dal confronto concorrenziale.

La scelta di esercitare la facoltà di apporre un vincolo di partecipazione deve quindi poggiare su ragioni specifiche, che rendano razionale introdurlo con riferimento alla specifica gara (che altrimenti il legislatore avrebbe imposto un vincolo generale).

Le considerazioni alla base della scelta (di apporre vincoli di partecipazione) possono avere quali presupposti ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, o ragioni inerenti al relativo mercato. Né la stazione appaltante può tralasciare di tenere conto della tipologia di lotti che ha delineato e dei criteri di aggiudicazione previsti per la specifica gara, essendo diverso il peso del dato meramente economico rispetto al dato qualitativo a seconda che si applichi il criterio del prezzo più basso o il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e potendo contemperare le varie esigenze delineando, nel rispetto della previsione normativa, i pesi da attribuire a ogni aspetto della commessa.

Con specifico riferimento alla finalità dell'introduzione del vincolo di partecipazione il considerando 79 della direttiva n. 24/2014/UE richiama un duplice scopo del vincolo, "allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento", così delineando l'istituto non solo in funzione proconcorrenziale ma anche tipicamente pubblicistica (di cura della commessa dal punto di vista dell'interesse dell'Amministrazione dal punto di vista finanziario e dal punto di vista della miglior soddisfazione dell'esigenza pubblica cui il contratto in gara è preordinato).

Introdotta il vincolo di partecipazione sulla base delle valutazioni anzidette, costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta di ritenerlo operante in modo allargato, ancorché l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici.

È infatti la stazione appaltante a stabilire se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico e patrimoniale, dovendo a tal fine valutare costi e benefici, anche in relazione alle modalità scelte per la perimetrazione dei singoli lotti, indicando specificamente quale è il criterio di espansione del vincolo di partecipazione.

In mancanza di detta scelta, l'espansione dello stesso al di là del singolo operatore partecipante non può essere considerata automatica, non potendosi ritenere implicitamente contenuta nella scelta di apporre il vincolo di partecipazione.

Ostano a ciò le seguenti considerazioni.

In termini generali, l'intera disciplina delle gare pubbliche si fonda sul fatto che l'offerta attesti con certezza il soggetto che partecipa alla gara, al fine di sottoporlo a una serie di valutazioni volte ad assicurare l'integrità e l'affidabilità dello stesso e dell'offerta presentata in un'ottica di tutela della commessa pubblica (riconosciuta dalle stesse direttive UE).

In detto contesto sono ridotte le ipotesi in cui il legislatore ha attribuito rilevanza a circostanze ulteriori caratterizzanti, anzi alteranti, il profilo soggettivo dell'offerente e le ha disegnate, comunque, quali forme patologiche, da espellere dalla gara in quanto idonee ad alterarne il confronto concorrenziale. È il caso della fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione delle offerte riconducibili a un medesimo centro decisionale, così rendendo necessario disvelare la presenza di un centro di imputazione di interessi celato dalla presentazione di più offerte e che richiede, al fine appunto di attribuire la titolarità dell'offerta a una realtà più vasta rispetto all'offerente, che vi siano specifici indici desumibili dall'offerta stessa ("un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte", così CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07), così ribadendo la centralità di questa al fine di individuare la soggettività partecipante alla gara.

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

Rispetto alla portata dell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, si rileva che, se l'introduzione del vincolo di partecipazione è il frutto della (sopra illustrata) discrezionalità della stazione appaltante, a maggior ragione è discrezionale la conformazione di detto vincolo e quindi

l'estensione dello stesso oltre il singolo operatore che partecipa alla gara relativa allo specifico lotto: "la discrezionalità di cui all'art. 51, commi 2 (vincolo di partecipazione) e 3 (vincolo di aggiudicazione), se si esercita nell'an (introduzione vincolo quantitativo di partecipazione e/o di aggiudicazione) a fortiori trova applicazione nel quomodo (scelta di estendere o meno tale vincolo anche alle società che formano un unico centro decisionale)" (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2022 n. 4718).

Ritenere che il vincolo di partecipazione si estenda sempre (cioè in assenza di una specifica determinazione in tal senso della stazione appaltante) a operatori e aziende diverse ma facenti parte di una stessa realtà imprenditoriale può infatti voler dire privare sempre (cioè senza che venga vagliata lo specifico contesto in cui il vincolo opera) la commessa delle offerte potenzialmente portatrici delle più rilevanti economie di scala, nell'ambito di un'operazione che è già stata defraudata, con la suddivisione in lotti (obbligatoria salvo espresse ragioni di segno contrario), delle economie di scale relative alla domanda, così potendo produrre un ulteriore vulnus alla prospettiva pubblicistica dell'efficienza della prestazione e della spesa pubblica.

Di talché anche detta scelta, oltre a quella di apporre il vincolo di partecipazione, deve poggiare su considerazioni razionali, che tengano conto non solo sulla volontà di evitare concentrazioni di commesse pubbliche ma anche degli effetti distorsivi di tali scelte sulla parte pubblica e dell'effettiva possibilità di assicurare la finalità perseguita, che dipende appunto dalle caratteristiche del mercato oggetto di gara, dalla tipologia di prestazione richiesta e dalle modalità di svolgimento della specifica gara, oltre che dalla concreta perimetrazione dei lotti adottata dalla stazione appaltante.

Infatti, come già sopra evidenziato, non necessariamente risponde alle prerogative pubblicistiche dell'evidenza pubblica, oltre che alle esigenze del confronto concorrenziale, ritenere sempre e comunque che l'Amministrazione sia costretta a scartare in alcuni lotti le offerte potenzialmente più convenienti (dal punto di vista finanziario, e fatta salva la valutazione della qualità della prestazione), per il sol fatto di dover garantire una pluralità di imprese contraenti: produrre diseconomie rispetto alla gestione della spesa pubblica in mancanza di una ragione specifica non risulta rispondente né alle ragioni contabilistiche dell'Amministrazione, né alle prerogative proprie del mercato concorrenziale.

Né può ritenersi che non espandere automaticamente il vincolo di partecipazione tradisca la ratio della suddivisione in lotti. E ciò in ragione del fatto, sopra approfondito, che la ratio della gara per singoli lotti poggia sulla volontà di aumentare le offerte che l'Amministrazione riceve (consentendo la presentazione delle offerte anche da parte delle piccole e medie imprese, ma non assicurando né che siano non soprattutto ultime a presentarle, né che possano poi vincere la gara). La scelta di ridurre la partecipazione complessiva disincentivando la presentazione di offerte da parte delle imprese di maggiori dimensioni è invece solo una scelta eventuale e non necessitata dalla suddivisione in lotti ma piuttosto correlata alla decisione, facoltativa, di introdurre un vincolo di partecipazione. E ciò anche in ragione del fatto che detta ultima scelta è idonea ad assicurare l'obiettivo di disincentivare la concentrazione del mercato solo in ragione di variabili, sopra richiamate, che non dipendono dall'Amministrazione e che debbono essere da questa considerate.

A maggior ragione la non espansione del vincolo di partecipazione non può tradire l'impostazione eurounitaria che neppure considera obbligatoria la suddivisione in lotti.

A ciò si aggiunge che difficilmente può ritenersi implicito un vincolo la cui specifica espansione è incerta, dipendendo da variabili che richiedono di essere espressamente specificate.

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

In particolare, in alcuni casi sono richiamate le nozioni di "sostanziale unitarietà della proposta negoziale" o di "unico centro decisionale" (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2022 nn. 8726, 8729 e 8730 e 27 settembre 2021 n. 6481), in altri casi si fa riferimento ai rapporti di controllo di cui all'art. 2359 c.c. (Cons. St., sez. V, 27 novembre 2020 n. 7455), relazionandoli al concetto di gruppo societario (Cons. St., Sez. III, n. 7 giugno 2022 n. 4625 e sez. V, 18 marzo 2021 n. 2350, o al "medesimo gruppo ai sensi dell'art. 2359 c.c." di cui Cons. St., sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127) o congiuntamente a entrambi, cioè all'unicità del centro decisionale e ai rapporti privilegiati fra società (Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2023 n. 652 e 9 giugno 2022 nn. 4718, 4725 e 4726, nonché Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003).

In tale contesto non può ritenersi implicita l'espansione di un vincolo (di partecipazione) senza potere conoscere, e soprattutto senza che gli operatori interessati possano prevedere, in che direzione avviene detta espansione.

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

In ogni caso, qualunque sia la spiegazione della varietà di espansione del vincolo, la stessa possibilità che il vincolo di partecipazione possa espandersi in modo diverso (e non individuabile con certezza, atteso che non sempre è agevole individuare la finalità del vincolo, sempre che si possa ritenere che sussista un legame certo fra finalità del vincolo e parametro di espansione del vincolo stesso), rende improponibile un'espansione dello stesso che avvenga senza che sia specificato il parametro certo che consenta agli operatori interessati di potersi organizzare al fine di presentare un'offerta ammissibile.

Nel silenzio della legge di gara l'eventuale vincolo di partecipazione non può quindi che essere rivolto alle singole soggettività che presentano l'offerta, non potendosi espandere nel senso sopra ipotizzato.

Né può ritenersi che la non espansione del vincolo di partecipazione comporti necessariamente un vulnus alla tutela della concorrenza, così come disciplinata a livello

eurounitario, a cominciare dagli artt. 101 - 105 e 107- 109 TFUE: è infatti lo stesso legislatore europeo che ha impresso un carattere solo facoltativo al vincolo di partecipazione nell'ambito delle gare pubbliche, così ritenendo compatibile con la disciplina concorrenziale la mancata obbligatorietà di detto vincolo e quindi la configurazione dello stesso con modalità che non necessariamente coinvolgono la realtà imprenditoriale nel quale è inserito il singolo operatore economico.

Del resto la Corte di giustizia ha precisato che l'obiettivo delle direttive sugli appalti, e segnatamente dell'art. 57 par. 4 della direttiva 2014/24/UE, "appare diverso da quello dell'articolo 101 TFUE", dal momento che "quest'ultimo intende reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e dissuaderle dal commettere tali comportamenti" (CGUE, sez. IV, 15 settembre 2022, C-416/21) mentre le prime tendono a selezionare il miglior offerente.

La disciplina antitrust attiene infatti tipicamente ai rapporti fra le imprese e alle regole di funzionamento del mercato (concorrenza nel mercato) mentre le regole delle gare pubbliche intervengono in rapporti o in settori dove sussistono interessi pubblici che non possono essere affidati alle sole regole del mercato. Sicché nella seconda prospettiva l'introduzione di regole tipicamente antitrust deve essere valutata e bilanciata alla luce degli interessi indisponibili coinvolti, così come risulta evidente nel caso di specie, laddove alla prospettiva concorrenziale si affianca la prospettiva pubblicistica di efficienza della commessa e della spesa pubblica.

Né la nozione di partecipante alla gara può essere influenzata dalla nozione di imprese propria della disciplina anticoncorrenziale.

È la stessa Corte di giustizia a precisare che la nozione di impresa del diritto anticoncorrenziale, ai sensi dell'articolo 101 TFUE, "costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione", che considera l'unicità imprenditoriale, dal punto di vista economico, come idonea a superare l'alterità soggettiva (CGUE, sez. II, 14 marzo 2019, C724/17), facendo in particolare riferimento al fatto che ciò si verifica "qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali" (CGUE, Grande sezione, 11 dicembre 2007, C280/06).

Nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, invece, la nozione di operatore economico è delineata a livello eurounitario con riferimento alla singola soggettività giuridica.

La Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha infatti affermato che "l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione" di appalto pubblico "ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario" (sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273), così rendendo evidente che quando le direttive si riferiscono al partecipante alla gara richiamano la nozione di singola soggettività imprenditoriale, non quella del gruppo.

Né depone in senso contrario il criterio della neutralità delle forme giuridiche assunte dagli

operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti, delineata dalla giurisprudenza e attualmente richiamata nel considerando 14 e nell'art. 19 par. 1 della direttiva 2014/24/UE.

In tale ultima prospettiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha delineato un'ampia nozione di operatore economico, idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato "a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare" (CGUE, sez. X, 11 giugno 2020, C-219/19). E ciò al fine di favorire un'ampia partecipazione alla gara e di assicurare un pieno confronto concorrenziale, evitando che questioni attinenti alla modalità di costituzione o all'adozione di particolari forme giuridiche possa impedire il riconoscimento della soggettività dell'operatore, così ostando all'ammissione dell'offerta e diminuendo le possibilità di partecipazione alla gara. La prospettiva è quindi diversa da quella che coinvolge la questione della partecipazione alla gara di imprese fra loro collegate, delle quali non è in discussione il riconoscimento della singola soggettività giuridica, anzi spesso avente la forma della personalità giuridica, ma piuttosto il superamento di detta personalità al fine di considerare il gruppo un'unica entità, così diminuendo le possibilità partecipative delle singole soggettività facenti parte dello stesso e il numero degli operatori che si contendono la commessa pubblica.

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

Innanzitutto l'alterità è riconosciuta nell'ambito della disciplina della contrattualistica pubblica. Tanto emerge in particolare con riferimento in generale alla nozione di concorrente alla gara e, in particolare, con riferimento all'avvalimento infragruppo.

Nella prima prospettiva (generale) non può ritenersi che il termine concorrente, che replica quello di offerente utilizzato dall'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, non possa essere riferito alla singola impresa ma ricomprenda anche gli operatori economici "sostanzialmente riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad un'organizzazione economica operante, a guisa di grande operatore di mercato, in forma di holding" (Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003 e sez. V, 27 settembre 2021 n. 6481). Che, altrimenti, oltre a porsi in contrasto con la sopra richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, si incrina la tenuta dell'intera disciplina dei contratti pubblici, fondata su una nozione di operatore economico delineata nel senso che è riferita alla "persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica" che presenta l'offerta (art. 3 lett. p) del d. lgs. n. 50 del 2016), rispetto alle quali si applica, da un lato, il criterio della neutralità delle forme giuridiche e, dall'altro lato, si ammettono le forme aggregative così come delineate dagli artt. 45 e ss. del d. lgs. n. 50 del 2016.

Nella seconda prospettiva (particolare), la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla scorta dell'art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016 e considerato che per il diritto eurounitario ciò che conta è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, rimettendo poi all'ordinamento del singolo Stato membro la concreta verifica di tale

disponibilità, afferma che, anche nell'ambito del gruppo, si "richiede comunque l'avvalimento, non potendosi automaticamente attribuire il servizio svolto dalla controllata alla controllante, mancando identità di soggettività giuridica e non essendo stato il servizio svolto da quest'ultima" (Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2019 n. 965).

La necessità dell'avvalimento, ribadita dalla giurisprudenza, presuppone la convinzione che l'alterità soggettiva osti alla certezza dell'impegno necessario alla stazione appaltante per ammettere l'offerta, nonostante l'appartenenza al medesimo gruppo (la cui nozione sconta comunque le differenti concezioni di gruppo societario presenti nel contesto internazionale). E ciò viene richiesto nonostante, nel caso di avvalimento infragruppo, l'utilizzo della nozione di gruppo potrebbe essere funzionale ad agevolare le possibilità di partecipazione alla gara.

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

Più in generale, neppure nell'ambito del diritto societario la presenza di un gruppo supera il principio dell'alterità soggettiva delle società che ne fanno parte. E ciò nonostante il gruppo sia riconosciuto quando sussiste, presumibilmente da parte della società che redige il bilancio consolidato o controllante ex art. 2359 c.c. (art. 2497-sexies c.c.), un'attività direttiva e coordinatrice connotata dal carattere continuativo dello scopo operativo dell'ente sovraordinato che persegue la cura dell'interesse dell'intero gruppo, da un modello di relazioni strutturali-organizzative che, se pure indefinibile a priori, si caratterizza comunque per il livello decisionale sovraordinato rispetto all'orizzonte di ciascuna società eterodiretta, e che si estrinseca in interventi volti ad evitare possibili conflitti o sovrapposizioni tra le attività imprenditoriali e le scelte commerciali delle singole partecipate o dirette, nonché a indicare le sinergie necessarie a perseguire più complessi obiettivi di mercato, coordinando e selezionando le iniziative economiche delle società eterodirette.

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

Piuttosto la disciplina dettata dal Capo IX del Titolo V, Libro V, del codice civile è preordinata a soddisfare le specifiche esigenze di coloro che vengono in contatto con una realtà imprenditoriale che supera la qualificazione giuridica dei singoli soggetti. E ciò prevedendo

un'adeguata informazione sui collegamenti infragruppo e sulla situazione patrimoniale ed economica dell'intero gruppo (attraverso, ad esempio, la redazione del bilancio consolidato), evitando che gli intrecci proprietari alterino l'integrità patrimoniale delle società coinvolte e il corretto funzionamento degli organi gestori (attraverso, ad esempio, le norme sul conflitto di interessi dei soci e degli amministratori) e impedendo che siano pregiudicati dal gruppo coloro che fanno esclusivo affidamento sull'andamento delle singole società (attraverso le forme di responsabilità previste a carico della società controllante e a favore dei soci e dei creditori delle singole società appartenenti al gruppo, quali l'art. 2497 commi 1 e 3 c.c. o la previsione del diritto di recesso di cui all'art. 2497-bis c.c.).

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

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

Una delle impostazioni più avanzate, di superamento della soggettività giuridica nell'ambito del gruppo, si deve alla giurisprudenza giuslavoristica. Ma anche in tale ambito si richiede comunque a tal fine la sussistenza di quattro presupposti da accertare in concreto, la cui rilevanza e incisività rende evidente come il superamento dell'alterità soggettiva avvenga solo a condizioni che non poggiano soltanto sulla nozione di gruppo, e il cui riconoscimento è comunque giustificato dall'esigenza ordinamentale di tutelare il soggetto debole del rapporto di lavoro. È richiesta infatti l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, un coordinamento tecnico e amministrativo - finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune e l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori (Cass. 24 gennaio 2020 n. 1656). Infatti, soltanto quando la concreta ingerenza della società capogruppo nella gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle altre società del gruppo stesso "ecceda il ruolo di direzione e coordinamento generale spettante alla stessa sul complesso delle attività delle società controllate", essa "determina l'assunzione, in capo alla medesima, della qualità di datore di lavoro, in quanto soggetto effettivamente utilizzatore della prestazione e titolare dell'organizzazione produttiva nel quale l'attività lavorativa è inserita con carattere di subordinazione" (Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 febbraio 2022 n. 5126): è quindi evidente che non è sufficiente che ricorra il gruppo societario per giustificare il superamento della

soggettività giuridica, richiedendosi un quid pluris.

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

Pertanto, pur rinvenendosi alcune prospettive di superamento della nozione di singola soggettività giuridica al fine di riconoscere una più vasta realtà imprenditoriale, non si ravvisano i presupposti, né di diritto UE, né di diritto interno, per ritenere che la previsione del vincolo di partecipazione privo di ulteriori connotati si possa espandere (senza specifica previsione della *lex specialis*) oltre le singole soggettività giuridiche che presentano l'offerta, al fine di rivolgersi a più ampie realtà imprenditoriali, nella specie, in particolare, al gruppo di società (concetto cui fa riferimento l'appello in esame).

Detta impostazione trova continuità, sul piano positivo, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023, che all'art. 58 comma 4 prevede che la limitazione del "numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente" sia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e che solo esercitando un'ulteriore facoltà, la stazione appaltante possa decidere di estendere il limite quantitativo "a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile".

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, a conferma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in considerazione dei diversi orientamenti giurisprudenziali, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, a conferma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2024 con l'intervento dei

magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **1956** dello scorso 29 febbraio, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è occupata della tematica relativa alla **suddivisione in lotti** e al **vincolo di aggiudicazione in caso di imprese collegate, anche alla luce del nuovo art. 58 del d.lgs. 36/2023**.

L'art. **51 d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 1**, prevede che le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in **lotti funzionali** o in **lotti prestazionali**.

A sua volta l'art **80, comma 5 lett. m) del d.lgs. 50 del 2016** stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un **operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 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**.

Tuttavia, il citato articolo 80 non trova applicazione quando il bando e il disciplinare consentono di qualificare la gara come ad oggetto plurimo, in considerazione di alcune peculiarità.

Infatti, come evidenziato anche dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 6481 del 2021 *"nel caso di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima, deve ritenersi naturalmente ammessa la presentazione di un'offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purchè – 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, semprechè 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"*.

Invero, il sopra menzionato **art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016, al comma 2**, attribuisce alle **stazioni appaltanti la facoltà di indicare, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti (vincolo di**

partecipazione).

Introdotta il vincolo di partecipazione, secondo l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 59), condiviso dal Collegio con la pronuncia in commento, **costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta di ritenerlo operante in modo allargato, ancorchè l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici.**

È infatti la stazione appaltante a stabilire se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico o patrimoniale, dovendo a tal fine valutare costi e benefici, anche in relazione alle modalità scelte per la perimetrazione dei singoli lotti, indicando specificamente quale è il criterio di espansione del vincolo di partecipazione.

In mancanza di detta scelta, **l'espansione dello stesso al di là del singolo operatore partecipante non può essere considerata automatica**, non potendosi ritenere implicitamente contenuta nella scelta di apporre il vincolo di partecipazione.

Infatti, non si ravvisano i presupposti, né di diritto UE, né di diritto interno, per ritenere che la previsione del vincolo di partecipazione privo di ulteriori connotati si possa espandere (senza specifica previsione della *lex specialis*) oltre le singole soggettività giuridiche che presentano l'offerta, al fine di rivolgersi a più ampie realtà imprenditoriali, nella specie, in particolare, al gruppo di società.

Detta impostazione trova continuità, sul piano positivo, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il **d.lgs. n. 36 del 2023, che all'art. 58 comma 4 prevede che la stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'art. 2359 c.c.. 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.**