

# Ratio e presupposti del vincolo di aggiudicazione: inammissibilità di un sindacato “sostitutivo” del giudice amministrativo

di Antonio La Marca

Data di pubblicazione: 13-9-2025

*La Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha 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.*

*(..)L'ipotesi di collegamento sostanziale deve essere desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti, distorsivo delle regole di gara. Grava sulla stazione appaltante l'onere di provare in concreto l'esistenza di tali elementi concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio dei concorrenti. Una volta evidenziati con precisione i fatti e giustificata la valutazione effettuata, il Giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato in base a una metodica surrogatoria non consentita dal sistema di giustizia amministrativa. Quel che è avvenuto in questo caso in cui il primo Giudice ha ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale con una valutazione autonoma di tipo sostitutivo.*

*(..) Occorre che sia individuato e non semplicemente sospettato un unitario centro decisionale.*

## Guida alla lettura

La sentenza in commento scruta il **vincolo di aggiudicazione ex art. 58 D.Lgs. 36/2023**, illustrandone **ratio**, **presupposti applicativi** e **chiarendo i limiti del sindacato giurisdizionale**.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che, come dimostrato inequivocabilmente dal dato topografico, **il vincolo suindicato è strettamente connesso alla suddivisione in lotti**. Il legislatore, infatti, impone alla stazione appaltante di **motivare la mancata suddivisione**, poiché essa risulta **cruciale per garantire la partecipazione anche a micro, piccole e medio imprese**, assicurando l'accesso al “mercato dei contratti pubblici” anche ad operatori con capacità tecniche ed economiche minori; la previsione di un unico lotto, invece, implica un

appalto di valore elevato e di rilevante complessità, il che determina- di fatto- la partecipazione soltanto di macro-imprese.

Ebbene, tale **logica pro-concorrenziale** verrebbe **di fatto frustrata se più lotti fossero affidati a un unico operatore economico o comunque a un unitario centro decisionale**, ipotesi che viene in rilievo qualora due o più imprese formalmente distinte, ma invero avvinte da un rapporto di collegamento o controllo, presentano la propria offerta per una pluralità di lotti. Proprio per scongiurare il “pericolo” sopra descritto l'**art. 58, comma 4**, statuisce che la **stazione appaltante** - motivando la propria scelta nel bando o nell'avviso di indizione della gara - **può fissare un tetto massimo di lotti aggiudicabili al medesimo concorrente o anche a più concorrenti che versino nelle condizioni di controllo o collegamento ex art. 2359 c.c.**

Il vincolo di aggiudicazione, inoltre, è **funzionale a garantire la serietà e la segretezza delle offerte nonché par condicio per i partecipanti**, giacché è lapalissiano che due (o più) imprese distinte, ma tra di loro collegate, che partecipano a plurimi lotti possano alterare il confronto concorrenziale trasmettendosi vicendevolmente dati o informazioni relative alle proposte tecniche ed economiche da presentare.

Alla luce di quanto esposto, è evidente che se il vincolo di aggiudicazione non presenta particolari problemi applicativi quando il medesimo operatore economico invia una pluralità di offerte, risulta, invece, complesso qualora offerte formalmente distinte celano un unitario centro decisionale.

Il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame ha mirabilmente dato risposta all'interrogativo esegetico, sottolineando, *in primis*, **la necessità che sussistano elementi plurimi, precisi e concordanti comprovanti un collegamento tra i partecipanti tale da causare una distorsione delle regole di gara. Non è sufficiente, quindi, che vi sia il mero sospetto.**

Il Supremo Consesso della giurisdizione amministrativa ha, poi, chiarito che **l'onere di provare l'unicità del centro decisionale grava sulla stazione appaltante, onus probandi** che postula **circostanze fattuali univoche**, ossia **non suscettibili di interpretazioni alternative**, desunte sia dall'assetto imprenditoriale dei partecipanti sia dal contenuto delle offerte. La committente pubblica, quindi, nell'esaminare gli elementi connotanti il caso concreto esercita la propria discrezionalità, onde ne deriva che **l'epilogo provvedimentale è assoggettato a un sindacato non sostitutivo del giudice amministrativo**, che **potrà dichiarare l'illegittimità del provvedimento soltanto se manifestamente illogico o irragionevole**. Il concorrente interessato all'esclusione degli operatori economici avvinti dal “legame” ex art. 2359 c.c. potrà, naturalmente, produrre in giudizio documenti e dedurre argomentazioni al fine di dimostrare la sussistenza di unico centro decisionale e, di conseguenza, l'illegittimità dell'aggiudicazione o - laddove l'impresa concorrente sia esclusa - la legittimità del provvedimento di esclusione.

**Il giudice amministrativo, pertanto, non può surrogarsi alla stazione appaltante, sostituendo la propria valutazione a quella dell'Amministrazione, ma deve limitarsi-ripercorrendo il ragionamento della p.a.- a verificare la ragionevolezza dell'iter logico**

seguito.

Per le ragioni suesposte, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado, che aveva annullato l'aggiudicazione in favore dell'appellante in virtù di meri "*indici di collegamento sostanziale*" con l'aggiudicataria di altro lotto, basati su rapporti di parentela tra i soci delle aggiudicatarie, invero del tutto insufficienti a dimostrare la sussistenza di una *holding*.

La – sublime - ricostruzione del **vincolo di aggiudicazione** prospettata nella sentenza in oggetto consente di affermare che esso deve **assurgere a strumento idoneo ad assicurare un'apertura del confronto competitivo** e, pertanto, si **addiviene a un risultato contrario alla *ratio legis* ogniqualvolta un operatore economico venga escluso per il mero sospetto di un legame con l'aggiudicatario di un altro lotto**; si finirebbe, infatti, per **restringere la concorrenza, estromettendo un candidato in assenza di elementi univoci idonei a corroborare il motivo dell'esclusione**.

## Il Consiglio di Stato

### in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8042 del 2024, proposto da Immobiliare Riviera S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B0DEC7D3E5, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Piscitelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### *contro*

Versoprobo Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Poesio, Romina Possis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### *nei confronti*

Comune di Alassio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Simone Contri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### *per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 600/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alassio e di Versoprobo Società Cooperativa Sociale;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2025 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Luigi Piscitelli, Federica Scafarelli in sostituzione dell'avv. Andrea Poesio e l'avv. Simone Contri;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. La società Immobiliare Riviera s.r.l. ha partecipato alla procedura indetta dal Comune di Alassio con determinazione dirigenziale n. 110 del 19.03.2024, per l'affidamento della gestione, organizzazione e conduzione, ai sensi dell'art. 45 *bis* del codice della navigazione, di n. 8 spiagge libere attrezzate comunali, dal 2024 al 2028.

2. La gara era suddivisa in 8 lotti, corrispondenti alle 8 spiagge libere attrezzate. Immobiliare Riviera ha partecipato all'affidamento del lotto n. 1 (SLA1, con annesso chiosco-bar) ed è risultata vincitrice, con il punteggio finale di 100.

3. Con ricorso notificato in data 27.05.2024, la società Versoprobo, seconda classificata nella medesima procedura, ha impugnato gli atti della gara, chiedendo l'aggiudicazione e/o il subentro in suo favore nell'affidamento. La domanda cautelare è stata accolta con ordinanza n. 112 del 10.06.2024. Con ricorso incidentale, notificato il 26 giugno, Immobiliare Riviera ha impugnato gli atti della procedura nella parte in cui avevano ammesso la partecipazione della ricorrente principale e, in via graduata, il disciplinare di gara, nelle parti sulle quali si fonda il ricorso principale, in particolare nella parte in cui regola il vincolo di aggiudicazione (artt. 10.1 e 10.2) e in quella in cui individua i requisiti di idoneità professionale dei partecipanti (art. 12.1).

4. Il TAR ha accolto il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione disposta in favore di Immobiliare Riviera e ha dichiarato in parte improcedibile, e per il resto infondato, il ricorso incidentale.

5. Di tale sentenza Immobiliare Riviera ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato alle seguenti censure così rubricate: *"1. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso principale. Infondatezza del motivo. Difetto di motivazione. Omessa considerazione delle difese e delle eccezioni dedotte in primo grado dalla controinteressata. Errore di fatto. Travisamento. Violazione dell'art. 10.1 del disciplinare di gara. Violazione del punto 5, lett. m, della determina a contrarre n. 110 del 19.03.2024. Violazione dell'art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 31.03.2023. Violazione dell'art. 112 c.p.c.; 2. Erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui ha delineato le conseguenze derivanti dall'accoglimento del primo motivo di ricorso principale. Difetto di*

*presupposti e di motivazione. Omessa considerazione delle difese dedotte in primo grado dalla controinteressata. Errore di fatto. Travisamento. Violazione dell'art. 10.1 del disciplinare di gara. Violazione del punto 5, lett. m, della determina a contrarre n. 110 del 19.03.2024. Violazione dell'art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 31.03.2023; 3. Erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui ha respinto il quarto motivo di ricorso incidentale. Fondatezza del motivo. Travisamento. Difetto di motivazione. Violazione dell'art. 58, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Violazione dell'art. 2359 c.c.; 4. Erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui ha respinto il secondo motivo di ricorso incidentale. Fondatezza del motivo. Difetto di motivazione. Violazione dell'art. 95, comma 1, lett. e), e 98, comma 3, lett. b), del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Violazione dei principi di affidabilità, integrità e buona fede; 5. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il terzo motivo di ricorso incidentale. Fondatezza del motivo. Omessa considerazione delle argomentazioni dedotte nel motivo. Difetto di motivazione. Violazione dell'art. 24 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 4 del capitolato della SLA 1. Violazione degli artt. 11 e 102, nonché dell'art. 95, comma 1, lett. e), e 98 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36".*

6. Si è costituito in giudizio il Comune di Alassio per chiedere la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di primo grado.

8. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, la cooperativa sociale Versoprobo.

9. Alla udienza pubblica del 13 febbraio 2025 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

10. Le argomentazioni dell'appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio e le critiche mosse alla sentenza impugnata.

11. Con il primo motivo l'appellante argomenta come segue.

11.1. Il TAR ha ritenuto che l'aggiudicazione della SLA 1 ad Immobiliare Riviera abbia violato il vincolo di aggiudicazione imposto dall'art. 10.1 del disciplinare di gara, perché fra la predetta società e Hotel Savoia s.r.l. (aggiudicataria della SLA 2) ci sarebbero "indici di collegamento sostanziale", tali da fare presumere l'esistenza di "un'intesa circa la "ripartizione" delle spiagge per le quali competere".

11.2. Il TAR ha analizzato le partecipazioni azionarie delle predette società, mettendo in risalto la circostanza che le Signore Maria Ede Volpe e Bianca Vera Volpe (sorelle e, rispettivamente, madre e zia della Sig.ra Stefania Piccardo, piena proprietaria al 50% e amministratrice di Immobiliare Riviera) sono al tempo stesso usufruttuarie ciascuna del 25% della società Immobiliare Riviera e (insieme) del 90% della Società Hotel Savoia (di cui Bianca Vera Volpe è amministratrice unica). Riferisce, poi, la presenza di una "analoga condivisione delle partecipazioni e della gestione" nella società Hotel Corso (che non ha partecipato alla gara in questione), dove le predette signore detengono quote e poteri di rappresentanza.

11.3. Gli elementi che ad avviso del Tribunale dimostrerebbero l'esistenza di un collegamento

sostanziale tra le aggiudicatarie dei lotti 1 e 2, tale da avere determinato la violazione del vincolo di aggiudicazione previsto dal disciplinare, consistono nei legami di parentela intercorrenti tra le socie (di minoranza) Bianca Vera Volpe, Maria Ede Volpe e Stefania Piccardo.

11.4. Il TAR ha poi ritenuto che *“la circostanza che Immobiliare Riviera s.r.l. e Hotel Savoia s.r.l. abbiano gareggiato per lotti diversi appare il segno di un’intesa circa la “ripartizione” delle spiagge per le quali competere”*. L’appellante sostiene che le due società hanno partecipato autonomamente ciascuna al lotto che la interessava e precisamente alle spiagge più vicine alle altre attività da esse condotte.

11.5. Non esisterebbe (né è mai stato provato) alcun elemento tale da poter configurare una holding di tipo personale fra Immobiliare Riviera ed Hotel Savoia. L’unica connessione fra le due società, che ha valorizzato il TAR, è data dalla circostanza che le sorelle Volpe hanno l’usufrutto, ciascuna, del 25% di Immobiliare Riviera e del 45% di Hotel Savoia. La Sig.ra Stefania Piccardo (amministratrice e proprietaria del 100% di Immobiliare Riviera, 50% piena proprietà, 50% nuda proprietà), non detiene alcuna partecipazione, carica o posizione in Hotel Savoia, mentre la Sig.ra Sara Bajardo, proprietaria di Hotel Savoia (8% piena proprietà, 90% nuda proprietà), non detiene alcuna carica o posizione in Immobiliare Riviera.

11.6. Contrariamente a quanto si legge in sentenza, non è vero che le Signore Volpe sarebbero “radicate in entrambe le società con partecipazione di rilievo”, perché la loro partecipazione del 25% in Immobiliare Riviera, non sarebbe sufficiente per determinare forme rilevanti di controllo, influenza o indirizzo. Inoltre, la Signora Volpe Bianca Vera (ottantaseienne) non partecipa alle assemblee della società da circa 8 anni.

11.7. La partecipazione a più società delle sorelle Volpe, non può nemmeno essere intesa come attività di impresa o professionale, requisito ritenuto indispensabile per integrare il concetto di holding personale. Non vi è infatti alcuna traccia che le due signore (ultraottantenni) esercitino in forma imprenditoriale attività di gestione delle partecipazioni societarie. E nemmeno è stata provata l’esistenza di accordi o intese fra le due società, finalizzati a realizzare una politica societaria convergente, o comunque diretti a creare un’impresa unica con una direzione unitaria, o ad esercitare un’influenza notevole nelle reciproche politiche aziendali. Il TAR segnala le partecipazioni della Sig.ra Piccardo e delle sorelle Volpe in Hotel Corso s.r.l., ma il richiamo sarebbe irrilevante e meramente suggestivo, perché questa società non ha partecipato alla gara.

11.8. Sostiene ancora l’appellante che la circostanza che due fratelli o due cugini esercitino attività imprenditoriali distinte (sia pur nello stesso settore), non può precludere la loro partecipazione alla gara per l’assegnazione di un servizio o impedire che due imprese diverse, seppure appartenenti a soggetti legati da legame parentale, possano aggiudicarsi due lotti della stessa gara. E comunque la titolarità da parte di uno stesso soggetto di azioni o quote in una pluralità di società di capitali non implica un collegamento fra le società. Una volta esclusa la ricorrenza del requisito formale di collegamento richiesto dal bando con il riferimento all’art. 2359 c.c., il riferimento a una concezione “sostanziale”, non può essere affidata a mere ipotesi indiziarie o a sospetti, ma richiede quanto meno una rigorosa dimostrazione del

collegamento.

12. Con il secondo motivo l'appellante argomenta come segue.

12.1. Dopo aver accolto il primo motivo di ricorso il TAR è giunto alla conclusione che *“spetta al Comune determinarsi circa le modalità di scelta del lotto da assegnare, con la precisazione che, qualora lo ritenga opportuno, potrà chiedere a Immobiliare Riviera s.r.l. se intende conservare il lotto n. 1 o, invece, preferisce optare per il mantenimento del lotto n. 2 da parte di Hotel Savoia s.r.l.”*.

12.2. Il TAR, dopo avere rilevato che *“né la normativa né la lex specialis della procedura prescrivono l'eliminazione del vincitore del lotto economicamente meno rilevante”*, ha affermato che *“né può escludersi che il lotto di importo più basso sia in concreto considerato preferibile (ad esempio, per i minori investimenti necessari)”*.

12.3. Questa osservazione non sarebbe corretta, perché due società che partecipano ad una gara, nel comune intento di “ripartirsi” le spiagge oggetto di affidamento (come ha ritenuto la sentenza impugnata), hanno evidentemente una adeguata capacità di investimento e il loro interesse non può che essere quello di mantenere la gestione del lotto che gli consentirebbe il maggior profitto, ossia quello di maggior valore. Se l'interesse di Immobiliare Riviera e Hotel Savoia fosse stato effettivamente quello di investire di meno, come prospettato in sentenza, le due società non avrebbero partecipato all'affidamento della SLA 1, che era quella maggiormente impegnativa in termini economici. Sotto questo profilo, la sentenza impugnata sarebbe illogica, contraddittoria e carente di motivazione.

12.4. Il TAR ha affermato che *“in linea generale dovrebbe operare l'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023, in forza del quale le variazioni che intervengono dopo il provvedimento di aggiudicazione, anche a seguito di pronuncia giurisdizionale, non sortiscono effetti sui procedimenti relativi agli altri lotti di gara. Invero, la relazione al codice afferma espressamente l'applicabilità della norma in questione all'ipotesi del vincolo di aggiudicazione, allo scopo di evitare la paralisi delle gare per i lotti non oggetto di impugnativa. Nel caso in esame, però, il Collegio non può esimersi dal rilevare che l'assegnazione del lotto n. 2 a Hotel Savoia s.r.l. è stata contestata dalla seconda classificata nella relativa graduatoria, la quale ha radicato il ricorso allibrato al n. di R.G. 557/2024 (cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, ord. n. 142 dell'8 luglio 2024). Pertanto, essendo l'aggiudicazione del lotto n. 2 sub iudice, spetta al Comune determinarsi circa le modalità di scelta del lotto da assegnare, con la precisazione che, qualora lo ritenga opportuno, potrà chiedere ad Immobiliare Riviera s.r.l. se intende conservare il lotto n. 1 o, invece, preferisce optare per il mantenimento del lotto n. 2 da parte di Hotel Savoia s.r.l.”*.

12.5. Questo ragionamento non sarebbe condivisibile. L'art. 58, comma 4, del codice dei contratti, nel disciplinare il vincolo di aggiudicazione, prescrive che nei bandi di gara le stazioni appaltanti indichino *“il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite”*. Sarebbe chiaro l'intento del legislatore di rimettere la decisione sul lotto da assegnare a criteri certi e predeterminati, oltre che non discriminatori. Nella fattispecie, sebbene la *lex specialis* abbia

omesso di individuare i criteri in questione, la sentenza appellata ha comunque ritenuto di dover applicare il vincolo di aggiudicazione, e dopo avere escluso l'applicabilità dell'art. 108, comma 12, del codice (alla luce dell'impugnazione anche dell'aggiudicazione della SLA 2 ad Hotel Savoia), ha stabilito che spetti al Comune decidere quale dei due lotti assegnare, eventualmente consultando Immobiliare Riviera per conoscere la sua preferenza. La soluzione prospettata dal TAR sarebbe illogica, immotivata e contraria alla legge.

12.6. Se si consentisse al Comune di sanare, a gara conclusa, l'omissione del bando, la scelta del lotto da assegnare verrebbe rimessa a logiche e criteri sconosciuti ai concorrenti, mentre la norma prescrive la predeterminazione nel bando di un *“criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare”* che i concorrenti possano conoscere fin dal momento della partecipazione.

12.7. Quindi, la sentenza impugnata sarebbe errata anche nella parte in cui ha indicato le conseguenze derivanti dalla pretesa applicazione del vincolo di aggiudicazione, rimettendo al Comune, in maniera illogica, immotivata e contraria alla normativa vigente, la decisione in ordine al lotto da assegnare, invece che accertare e dichiarare l'inoperatività del vincolo, perché non compiutamente espresso nel disciplinare di gara, e dunque rigettare il primo motivo di ricorso e confermare l'aggiudicazione all'appellante.

13. Con il terzo motivo l'appellante argomenta come segue.

13.1. Il disciplinare di gara non ha previsto alcun criterio di selezione dei lotti a cui ricorrere per l'ipotesi di concorrente utilmente classificato per un numero superiore a quello consentito. L'omissione sarebbe rilevante, perché in assenza di criteri certi e prestabiliti, la decisione sul lotto da aggiudicare sarebbe rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (come sembra ritenere il Tribunale), in contrasto con la volontà del legislatore e con il principio dell'evidenza pubblica.

13.2. La prima conseguenza che può trarsi da questa omissione è la inoperatività del vincolo di aggiudicazione, poiché costruito in maniera incompleta e perché concretamente inapplicabile. La contemporanea partecipazione delle imprese collegate sarebbe infatti priva di sanzione. Nella fattispecie se si riconosce l'inefficacia del vincolo di aggiudicazione deve concludersi per la reiezione del primo motivo del ricorso principale, e comunque per la sua inammissibilità per carenza di interesse, non essendovi modo alcuno per determinare la decadenza da una delle due aggiudicazioni.

13.3. Il TAR ha preso atto della lacuna del bando, ma ha affermato che *“in virtù del canone di conservazione degli atti giuridici e del principio del risultato, tale omissione non determini né l'inefficacia del vincolo di aggiudicazione, né la totale caducazione della gara, ma comporti l'obbligo del Comune di definire il sistema per addivenire alla scelta (eventualmente interpellando le imprese collegate in merito alla loro preferenza)”* (punto 7. della sentenza).

13.4. I principi di conservazione e del risultato non possono vanificare la previsione espressa della legge e giustificare la trasgressione al principio dell'evidenza pubblica e della predeterminazione dei criteri di gara. Il vincolo di aggiudicazione privo dell'indicazioni di criteri

per la selezione del lotto da aggiudicare non può essere sostituito da criteri introdotti a gara conclusa dall'amministrazione, o da una selezione operata senza criteri predeterminati.

13.5. Quindi, la carenza dei criteri di selezione renderebbe inoperante il vincolo di aggiudicazione e comporterebbe la conferma delle aggiudicazioni ai lotti 1 e 2 e la conseguente reiezione del ricorso principale perché infondato o inammissibile.

13.6. La stessa omissione renderebbe comunque illegittima la disposizione del disciplinare di gara sul vincolo di aggiudicazione.

14. Con il quarto motivo l'appellante argomenta come segue.

14.1. Con il secondo motivo di ricorso incidentale Immobiliare Rivera ha censurato il mancato rilievo della condotta scorretta della ricorrente Versoprobo, che avrebbe coordinato la propria partecipazione alla gara con altre due società concorrenti a lei collegate (The Prince s.r.l. ed Aurelia s.r.l.s.), presentando offerte identiche, palesemente riconducibili ad un unico centro decisionale e tentando di celarle, nell'evidente tentativo di eludere il vincolo di partecipazione e aggiudicazione imposto dal disciplinare di gara.

14.2. Sarebbero evidenti gli intrecci societari intercorrenti fra le tre concorrenti (identità di soci, amministratori e sedi legali), così come la sostanziale identità delle offerte presentate, sia nella grafica che nei contenuti.

14.2. Le tre società hanno chiesto alla stazione appaltante l'oscuramento delle rispettive offerte (che non è stato concesso), con l'evidente comune intento di celare gli indizi di identità delle offerte ed eludere le regole di gara. Questa condotta meritava di essere sanzionata con l'esclusione della ricorrente dalla gara, ai sensi del combinato disposto degli artt. 95 e 98 del d.lgs. n. 36/2023, essendo sintomatica della palese inaffidabilità e della scorrettezza della concorrente Versoprobo.

14.3. Il TAR non ha messo in discussione la veridicità dei rilievi di Immobiliare Riviera, ma ha respinto il motivo affermando che *"la partecipazione di imprese collegate a lotti differenti è consentita dal disciplinare, onde non è ravvisabile alcun illecito professionale per condotta decettiva di Versoprobo"*, e che *"la causa espulsiva in questione non riguarda le offerte presentate per lotti diversi, perché, qualora una gara sia suddivisa in più lotti, ognuno di questi assume veste autonoma sia sotto il profilo procedurale che ai fini della partecipazione"* (punto 5 della sentenza).

14.4. Secondo l'appellante, queste conclusioni non sono condivisibili. La circostanza che Versoprobo, The Prince ed Aurelia abbiano concorso per tre lotti diversi, non escluderebbe la sanzionabilità della condotta ai sensi dell'art. 95 del codice dei contratti, ma anzi confermerebbe il carattere elusivo della condotta e l'intento di accaparrarsi più lotti possibili.

14.5. La consapevolezza della scorrettezza si evincerebbe dalla richiesta di oscuramento delle offerte. Inoltre, una delle Società (Aurelia s.r.l.) è stata costituita il 27 marzo 2024, ossia tredici giorni prima della scadenza dell'offerta.

15. Con il quinto motivo l'appellante argomenta come segue.

15.1. Con il terzo motivo di ricorso incidentale Immobiliare Riviera ha impugnato la mancata esclusione dell'offerta di Versoprobo, che si sarebbe rivelata l'inattendibile, sotto il profilo finanziario, a causa dell'indicazione nel piano economico di valori incompatibili con quanto dichiarato nell'offerta.

15.2. In particolare, risultava:

- che i ricavi annuali (€ 171.000) erano nettamente inferiori a quelli di Immobiliare Riviera (€ 272.742);

- che le spese di gestione del "chiosco bar" (euro 18.000, su un ricavo di euro 105.000, ovvero circa il 17%), erano irragionevoli, implicando un ricarico di circa sei volte sul prezzo dei materiali, mentre le medie per i bar/ristoranti si attestavano almeno sul doppio (30%-40%);

- che i ricavi delle postazioni spiaggia erano incongruenti, perché la Versoprobo ipotizzava di affittare in media 20 postazioni al giorno lettini/ombrellone (su un totale di 100) per 150 giorni, con un incasso giornaliero netto a postazione di € 16,00, per un totale annuo di € 48.000,00, ed occupando, dunque, solo il 20% delle postazioni disponibili (contro il 60% stimato da Immobiliare Riviera); considerando che ad Alassio il tasso di occupazione a luglio ed agosto sfiora il 100%, il tasso indicato sarebbe stato irrealistico, perché equivaleva ad avere la spiaggia occupata solo al 50% nei mesi di luglio ed agosto, e vuota nei restanti mesi;

- che anche il costo del personale non era attendibile, perché risultava percepire un paga oraria inferiore a quella del CCNL; su un organico di 15 persone (con una media di impiego di 10 persone al giorno, per coprire orari di apertura minimi di 10 ore, per 30 giorni mensili), il costo medio per dipendente risultava di soli € 740,00 circa, che con un contratto da 40 ore settimanali e 160 ore mensili, equivale ad un costo orario teorico di soli euro 4,61, che era nettamente inferiore a quello indicato nella dichiarazione di equivalenza delle tutele.

15.3. Il TAR ha affermato che i ricavi annuali, l'incasso delle postazioni in spiaggia e i costi del chiosco bar, sarebbero tutti in linea con le previsioni e gli importi ipotizzati dal Comune, senza considerare che la censura non mirava a contestare gli importi in sé, ma piuttosto a evidenziare l'incongruità e l'incoerenza dei dati indicati per giungere a quelle cifre, profilo che non sarebbe stato esaminato. Per quanto riguarda i costi del personale, la sentenza ha affermato che sarebbero conformi ai minimi salariali retributivi, senza cogliere il senso della censura dedotta nel motivo, che era quello di metterne in luce l'incongruità rispetto a quanto indicato da Versoprobo nella dichiarazione di equivalenza delle tutele, che il TAR non avrebbe considerato.

15.4. La sentenza impugnata sarebbe quindi da riformare anche nella parte in cui non avrebbe colto l'incoerenza e incongruità del piano economico finanziario e dell'offerta tecnica della Versoprobo.

16. Le censure, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

17. Le questioni decisive sottoposte al Collegio, tra loro inevitabilmente intrecciate, sono quelle della esistenza o meno dell'unico centro decisionale e della *ratio* del vincolo di aggiudicazione, sulle quali si rende necessaria una premessa di carattere generale.

17.1. La Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha 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.

17.2. 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 (Consiglio di Stato sez. V, 2 gennaio 2024, n. 48).

17.3. L'ipotesi di collegamento sostanziale deve essere desunta dalla presenza di elementi plurimi, precisi e concordanti, idonei a sorreggere in via inferenziale la valutazione in fatto circa la sussistenza in concreto di un tale collegamento tra imprese partecipanti, distorsivo delle regole di gara. Grava sulla stazione appaltante l'onere di provare in concreto l'esistenza di tali elementi concordanti, tali da ingenerare il pericolo per i principi di segretezza, serietà delle offerte e *par condicio* dei concorrenti. Una volta evidenziati con precisione i fatti e giustificata la valutazione effettuata, il Giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'*iter* logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato in base a una metodica surrogatoria non consentita dal sistema di giustizia amministrativa. Quel che è avvenuto in questo caso in cui il primo Giudice ha ravvisato l'esistenza di un collegamento sostanziale con una valutazione autonoma di tipo sostitutivo. Si legge nella sentenza impugnata: *"l'assenza di somiglianze fra le proposte presentate è indifferente, in quanto ciò che rileva per l'integrazione del vincolo di aggiudicazione, in ragione delle finalità dell'istituto, è il collegamento tra gli operatori economici (nel senso sopra*

*illustrato). Peraltro, la circostanza che Immobiliare Riviera s.r.l. ed Hotel Savoia s.r.l. abbiano gareggiato per lotti diversi appare il segno di un'intesa circa la "ripartizione" delle spiagge per le quali competere". Il TAR si è pacificamente sostituito all'amministrazione in una valutazione ad essa riservata. Lungi dal dimostrare l'illogicità delle conclusioni cui essa è giunta ha, in sostanza, valutato autonomamente le circostanze di fatto concludendo che tra le due imprese partecipanti sussistesse un unico centro decisionale. Ma tale motivazione si risolve in un sindacato di tipo sostitutivo che il Giudice non può in alcun modo compiere. La Corte di Giustizia ha affermato che "il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale" (Corte Giust., 19 giugno 2019, in C-41/18).*

17.4. La giurisprudenza da tempo si è concentrata sulla verifica degli indici presuntivi che consentono di ritenere che le due offerte provengano da un "unico centro decisionale" (tra le tante: quanto alla comunanza dell'organo di vertice tra due imprese Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010, III, 10 maggio 2017, n. 2173; in caso di pressoché integrale identità delle migliori proposte, Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3768; in caso di coincidenza del giorno di spedizione del plico contenente l'offerta dal medesimo ufficio postale con le medesime modalità, Cons. Stato, sez. II, 29 maggio 2014, n. 440).

17.5. Come chiarito dal Consiglio di Stato nella sentenza della sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39, l'accertamento dell'unico centro decisionale passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio:

a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.;

b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte;

c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "unico centro decisionale" da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale.

17.6. Il Giudice di primo grado, nella verifica richiesta dalla controinteressata è giunto a una conclusione che il Collegio non condivide: gli indici presuntivi richiamati non permettono di affermare l'esistenza di un "unico centro decisionale" tra gli operatori economici concorrenti.

17.7. Esclusa la situazione di controllo di cui all'art. 2359 Cod. civ. "*Società controllate e società collegate*", la "*relazione di fatto*" tra le imprese concorrenti è stata individuata nell'esistenza di legami di parentela intercorrenti tra le socie.

17.8. Ma gli elementi di fatto, richiamati dal Giudice di primo grado, non appaiono per nulla univoci nel senso dell'esistenza di un unico centro decisionale e, anzi, si prestano a letture

alternative che appaiono di maggior consistenza presuntiva rispetto a quella proposta nella sentenza impugnata.

17.9. In definitiva, l'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla stazione appaltante o, comunque, sulla parte che ne affermi l'esistenza, al fine della loro esclusione dalla gara, dimostrazione che deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci — non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie — desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario — cd. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale); non è sufficiente una generica ipotesi di collegamento di fatto, essendo necessario che per tale via risulti concretamente inciso l'interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte, tale da comportare un *vulnus* al principio di segretezza delle stesse (Consiglio di Stato sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58).

17.10. Nel caso che qui occupa il Collegio, gli intrecci societari esistono e non sono neppure contestati ma di certo non bastano da soli in un caso come questo a provare un collegamento sostanziale. Dalla ricostruzione del primo Giudice emerge un sospetto di collegamento ma nulla più. Si legge nella sentenza (pagina 10) che sussiste un *“intreccio tale da far presumere un’interferenza vicendevole ed un coordinamento delle strategie imprenditoriali”*. Il passaggio motivazionale è chiarificatore. Il primo Giudice ha individuato una generica ipotesi di collegamento di fatto senza riferire di un minimo indizio circa la lesione dell'interesse tutelato dalla norma.

17.11. Com'è noto, la partecipazione a una gara tramite due imprese formalmente distinte, tuttavia riconducibili al medesimo centro decisionale, comporta l'elusione della finalità della suddivisione in lotti (e al vincolo di aggiudicazione), disattendendo l'obiettivo che invece la legge di gara mira a ottenere. Quando, pur nell'apparente diversità soggettiva delle offerte presentate per lotti diversi, plurimi e univoci indici sintomatici rivelano il dato oggettivo della sostanziale unicità dell'offerta prestazionale, si è in presenza non di un mero collegamento societario, ma piuttosto di una sostanziale identità imprenditoriale e aziendale dietro lo schermo formale di una apparente diversità soggettiva; in tal caso l'applicazione del vincolo di aggiudicazione risponde non solo a tutelare l'interesse proconcorrenziale, ma anche a proteggere l'affidamento riposto dal committente sulle reali caratteristiche imprenditoriali dello specifico soggetto tenuto a rendere la prestazione (Consiglio di Stato sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9003). Il punto è che in questo caso, difettano in radice plurimi indizi. Non va dimenticato che il vincolo di aggiudicazione opera in una prospettiva distributiva (propriamente antitrust), intesa come tale a disincentivare la concentrazione di potere economico, a precludere l'accaparramento di commesse da parte operatori forti, strutturati e organizzati facenti capo ad unico centro decisionale. Occorre che sia individuato e non semplicemente sospettato un unitario centro decisionale.

17.12. Sintomatico dell'infondatezza di tutto l'impianto argomentativo della ricorrente in primo grado è un passaggio della memoria depositata il 28 gennaio 2025 (pagina 10) laddove si legge: *“(...) l'influenza notevole sussiste comunque e può manifestarsi, in ambito familiare, attraverso decisioni prese esternamente alla sede assembleare”*. Si tratta, evidentemente, di mere congetture del tutto inidonee a fornire una prova della presenza di un unitario centro

decisionale e ben lontane dal confutare le argomentazioni contrarie dell'appellante e dello stesso Comune di Alassio che ha efficacemente sottolineato che non è emersa alcuna evidenza di unicità del centro decisionale (pagina 7 della memoria depositata il 28 gennaio 2025).

17.13. È appena il caso di precisare che coglie nel segno la difesa dell'appellante laddove afferma che nella fattispecie non esiste e, quel che ancora più rileva non è mai stato dimostrato, alcun elemento tale da configurare una holding di tipo personale fra Immobiliare Riviera ed Hotel Savoia (pagina 2 della memoria depositata il 31 gennaio 2025).

17.14. È quindi fondato, in particolare, il primo motivo di appello che, solo, ne determina l'accoglimento e la riforma della sentenza impugnata e il conseguente rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio, vista l'esistenza di difficoltà di accertamento della vicenda fattuale controversa, idonea ad incidere sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 780, Cass. civ., Sez. Unite, 30 luglio 2008, n. 20598), possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 600/2024, 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 13 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Maggio, Presidente FF

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Annamaria Fasano, Consigliere