

Massima: *La finalità pro-concorrenziale dell'art. 51, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016 è stata ben chiarita dallo stesso Consiglio di Stato che ha evidenziato quanto segue: "...la finalità di tale disposizione si rinviene nel Considerando 79 della Direttiva 2014/24/UE, che facoltizza le stazioni appaltanti a limitare il numero dei lotti aggiudicabili al medesimo operatore economico "allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento". Tale indicazione, e la disposizione di diritto interno che ne costituisce attuazione, disvelano pertanto plasticamente il duplice profilo causale dei contratti di appalto pubblici: quello c.d. "contabilistico", funzionale alle (sole) esigenze di approvvigionamento di beni e servizi dell'amministrazione; e quello c.d. "proconcorrenziale", efficacemente descritto dalla dottrina con come volto a creare artificialmente le condizioni di concorrenza (peraltro non solo in un'ottica macroeconomica, ma anche allo scopo di favorire l'interesse del contraente pubblico) laddove esse non si sarebbero naturalmente esplicitate. 6. Data la superiore premessa va ulteriormente rimarcato, sul piano sistematico, che il terzo comma del citato art. 51 del codice dei contratti pubblici si inserisce nel contesto di una disposizione la cui complessiva disciplina è finalizzata alla tutela – in termini di accesso al mercato delle commesse pubbliche - "delle microimprese, piccole e medie imprese": così si esprime il primo comma, indicando la finalità della suddivisione in lotti (che è nozione, ed attività, logicamente propedeutica all'inserimento del vincolo di aggiudicazione, che tale suddivisione, appunto, suppone). Si vuol dire che la disciplina del vincolo di aggiudicazione va interpretata (anche) avuto riguardo al fatto che tale istituto non è isolato, ma è parte del più complesso regime della suddivisione in lotti, che ne costituisce il fondamento sistematico..." (Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 8990).*

T.A.R. Toscana n. 721 del 14/06/2024



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11 del 2024, proposto da Coob - Consorzio Cooperative Sociali per l'inclusione lavorativa Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9922235758, 9922282E1F, 992231595C, 992234307A, rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Cristiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sistema S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Massimo Pozzi, Francesco Gesess, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Savet S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Ruffini, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Vivai Antonio Marrone S.r.l., Evergreen S.r.l.s, Ambiente 2018 S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione n. 223 del 24.11.2023 con la quale il Direttore Generale di SISTEMA S.r.l. ha disposto l'approvazione dei verbali di gara della procedura di gara espletata per l'affidamento del "servizio di sfalcio dell'erba nel territorio del Comune di Grosseto, Lotto n.1 – CIG 9922235758, Lotto n. 2 – CIG 9922282E1F, Lotto n. 3 – CIG 992231595C, Lotto n. 4 – CIG 992234307A", nonché l'aggiudicazione definitiva dei vari lotti suindicati, resa pubblica con la comunicazione di aggiudicazione del 28.11.2023, nella parte in cui non ha aggiudicato a COOB uno dei lotti in gara;
- di tutti i verbali di gara, ivi incluso il verbale n.5 del 4.10.2023 con il quale la Commissione giudicatrice formulava la proposta di aggiudicazione dei vari lotti, nella parte in cui non ha aggiudicato a COOB uno dei lotti in gara;
- per quanto occorrer possa, del Bando di gara, del Disciplinare di gara, del Capitolato Tecnico Prestazionale;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenti;

nonché per l'eventuale declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove nelle more, in denegata ipotesi, stipulato e per la condanna, in via principale, al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore dell'odierna ricorrente; in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente nella misura che sarà determinata in corso di causa, ovvero in via subordinata, per l'annullamento degli atti di gara (e segnatamente della Determinazione n.142 bis del 23.06.2023, del Bando di gara, del Disciplinare di gara, dei verbali di gara, della Determinazione n. 223 del 24.11.2023 e dunque dell'intera procedura di gara (anche ai fini di una chance di partecipazione a nuova gara);

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenti;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Savet S.r.l. il 31 gennaio 2024:

- nell'ipotesi di positiva valutazione delle prospettazioni di COOB Consorzio Cooperative Sociali, per quanto di interesse di Savet s.r.l., del Disciplinare di gara nel punto in cui individua il vincolo di aggiudicazione dei diversi lotti, laddove dovesse essere interpretato nel senso prospettato dalla ricorrente principale, nei limiti della corretta interpretazione che mantenga l'aggiudicazione nei confronti dell'esponente;
- in parte qua, dei chiarimenti resi dalla S.A., se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente incidentale;

- in parte qua, di ogni altro atto e/o provvedimento collegato, connesso, presupposto e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente incidentale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sistema S.r.l. e di Savet S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2024 la dott.ssa Flavia Risso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determina a contrarre n.142 *bis* del 23.06.2023 il Direttore Generale di Sistema S.r.l. – società in *house* del Comune di Grosseto e affidataria diretta di servizi pubblici – indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di taglio dell'erba nel Comune di Grosseto.

L'appalto – della durata di 36 mesi e dell'importo complessivo a base d'asta di € 4.903.578,94 oltre IVA – veniva suddiviso in n.4 lotti: Lotto n.1 di € 1.167.459,86 oltre IVA; Lotto n.2 di € 1.267.209,29 oltre IVA; Lotto n.3 di € 1.165.957,21 oltre IVA; Lotto n.4 di € 1.302.952,58 oltre IVA.

La citata determina a contrarre prevedeva altresì il criterio di aggiudicazione (offerta economicamente più vantaggiosa) e approvava gli atti di gara (tra i quali il Disciplinare di gara).

All'esito della valutazione delle offerte da parte della Commissione aggiudicatrice, come risulta dal verbale n.5 del 4.10.2023 – risultava la seguente graduatoria finale: Lotto 1: 1° classificato: SAVET S.r.l.; 2° classificato: Vivai Antonio Marrone S.r.l.; 3° classificato: COOB; Lotto 2: 1° classificato: RTI costituendo SAVET S.r.l./EVERGREEN; 2° classificato: Ambiente 2018; 3° classificato: Vivai Antonio Marrone S.r.l.; 4° classificato: COOB; Lotto 3: 1° classificato: SAVET S.r.l.; 2° classificato: Vivai Antonio Marrone S.r.l.; 3° classificato: COOB; Lotto 4: 1° classificato: Ambiente 2018; 2° classificato: RTI costituendo SAVET S.r.l./EVERGREEN; 3° classificato: Vivai Antonio Marrone S.r.l.; 4° classificato: COOB.

Con il medesimo verbale n.5 del 4.10.2023 la Commissione formulava altresì la proposta di aggiudicazione.

Nello specifico, la Commissione formulava la seguente proposta di aggiudicazione (poi recepita nel provvedimento di aggiudicazione impugnato): Lotto 1: SAVET S.r.l.; Lotto 2: RTI costituendo SAVET S.r.l./EVERGREEN; Lotto 3: Vivai Antonio Marrone S.r.l.; Lotto 4: Ambiente 2018. Quindi, per i lotti nn. 1-2-4 veniva confermato l'esito della graduatoria finale; mentre per il lotto n.3 (che aveva visto classificato al 1° posto SAVET) la Commissione proponeva il subentro del 2° classificato (ovvero Vivai Antonio Marrone S.r.l.).

Con il ricorso indicato in epigrafe, il Consorzio ricorrente ha impugnato la determinazione n. 223 del 24.11.2023 con la quale il Direttore Generale di Sistema S.r.l. ha disposto l'approvazione dei verbali di gara della procedura di gara espletata per l'affidamento del "servizio di sfalcio dell'erba nel territorio del Comune di Grosseto, Lotto n.1 – CIG 9922235758, Lotto n. 2 – CIG 9922282E1F, Lotto n. 3 – CIG 992231595C, Lotto n. 4 – CIG 992234307A", nonché l'aggiudicazione definitiva dei vari lotti suindicati, resa pubblica con la comunicazione di aggiudicazione del 28.11.2023, nella parte in cui non ha aggiudicato al Consorzio ricorrente uno dei lotti in gara.

Più nello specifico, secondo il Consorzio ricorrente, tra l'altro, nella prospettiva rappresentata con il primo motivo di ricorso, – tenendo conto degli importi a base d'asta dei singoli lotti e aggiudicandoli secondo la corretta applicazione della *lex specialis*) sarebbe risultata la seguente graduatoria finale: il Lotto 4 (quello di maggior importo a base d'asta, pari ad € 1.302.952,58) in favore di Ambiente 2018 (risultata prima in graduatoria del Lotto medesimo); il Lotto 2 (quello di secondo maggior importo a base d'asta, pari ad € 1.267.209,29) in favore del RTI costituendo SAVET S.r.l./EVERGREEN (risultata prima in graduatoria del Lotto medesimo); il Lotto 1 (quello di terzo maggior importo a base d'asta, pari ad € 1.167.459,86) (previa esclusione di SAVET quale possibile aggiudicataria, vista la precedente aggiudicazione del Lotto n.2 di maggior importo) in favore di Vivai Antonio Marrone S.r.l. (risultata seconda in graduatoria del Lotto medesimo); il Lotto 3 (quello di minor importo a base d'asta, pari ad € 1.165.957,21) (previa esclusione quale possibili aggiudicatarie: tanto di SAVET, vista la precedente aggiudicazione del Lotto n.2 di maggior importo, quanto di Vivai Antonio Marrone, vista la precedente aggiudicazione del Lotto n.1 di maggior importo) in favore di COOB (risultata terza in graduatoria del Lotto medesimo).

Avverso l'aggiudicazione, nei limiti dell'interesse fatto valere, il ricorrente ha dedotto l'illegittimità per: 1. Violazione di legge in relazione all'art.51 d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per violazione della *lex specialis* (premesse del disciplinare di gara), difetto di istruttoria e difetto di motivazione, irragionevolezza e contraddittorietà; 2. Violazione di legge in relazione all'art.48, comma 7 d.lgs. n. 50 del 2016, violazione di legge in relazione all'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per violazione della *lex specialis* (art.2 del disciplinare di gara), difetto di istruttoria e difetto di motivazione, irragionevolezza e contraddittorietà; 3. Violazione di legge in relazione all'art. 80, comma 5, lett. m) d.lgs. n. 50 del 2016, violazione di legge in relazione all'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per violazione della *lex specialis* (art.8.1 del disciplinare di gara), difetto di istruttoria e difetto di motivazione, irragionevolezza e contraddittorietà; 4. In via subordinata, il ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti di gara e della procedura per violazione di legge in relazione agli artt. 51, 80, comma 5, lett. m), e 48, comma 7 d.lgs. n.50 del 2016.

Si sono costituiti in giudizio Sistema S.r.l. e Savet S.r.l.

In data 31 gennaio 2024 la Savet S.r.l. ha presentato ricorso incidentale, nell'ipotesi di positiva valutazione delle prospettazioni del Consorzio ricorrente, per quanto di interesse di Savet s.r.l., del Disciplinare di gara nel punto in cui individua il vincolo di aggiudicazione dei diversi lotti, laddove dovesse essere interpretato nel senso prospettato dalla ricorrente principale, nei limiti della corretta interpretazione che mantenga l'aggiudicazione nei confronti dell'esponente e degli atti connessi, sempre nei limiti dell'interesse della controinteressata, deducendone l'illegittimità per: 1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 applicabile *ratione temporis*, violazione dei principi di interpretazione letterale della *lex specialis*, di legittimo affidamento e di massima partecipazione, violazione della *par condicio competitorum*; 2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016, violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione dei principi di *favor participationis* e *par condicio competitorum*, sproporzionalità.

Con ordinanza n. 57 del 17 gennaio 2024 questa sezione ha accolto l'istanza cautelare presentata congiuntamente al ricorso, ritenendo che, seppur ad un sommario esame tipico della fase cautelare, sussistevano elementi di fondatezza, poiché in applicazione della stessa clausola del disciplinare di gara che prevedeva un vincolo di aggiudicazione, interpretata in senso conforme alla normativa in vigore all'epoca della pubblicazione del bando, nonché agli stessi chiarimenti pubblicati da Sistema S.r.l., si doveva ritenere che alla controinteressata (che aveva partecipato sia in forma individuale, sia

in forma di RTI), non potesse che riconoscersi l'assegnazione di uno solo lotto, anche tenuto conto che nel RTI la Savet S.r.l. ricopriva il ruolo di mandataria con una quota pari al 70%.

Con ordinanza n. 668 del 23 febbraio 2024, il Consiglio di Stato, in riforma dell'ordinanza n. 57 del 17 gennaio 2024 di questa sezione, ha respinto l'istanza cautelare, rilevando, quanto al *fumus boni iuris*, che la questione fosse meritevole di approfondimento nella sede di merito, dovendo il vincolo di aggiudicazione interpretarsi alla luce della sua ratio e della volontà espressa dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara.

All'udienza pubblica del 23 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Il Collegio premette che, in *subiecta* materia, la sentenza è ordinariamente redatta "*in forma semplificata*", potendo, quindi, consistere "*in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*" (artt. 120, comma 6 e 74 c.p.a.) ed è in stretta aderenza alle suddette coordinate normative che la sezione procede, di seguito, allo scrutinio della *res iudicanda*.

2. – Con il primo motivo del ricorso principale, la ricorrente sostiene che i provvedimenti impugnati siano innanzitutto illegittimi nella parte in cui: aggiudicano a SAVET, sia pur in diversa composizione, ben 2 Lotti (il Lotto n.1 ed il Lotto n.2); non aggiudicano a COOB alcun Lotto, cui avrebbe avuto diritto in caso di corretta applicazione delle disposizioni di legge (art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis*) e della *lex specialis*, anche alla luce dei chiarimenti forniti dalla stessa stazione appaltante.

Più nello specifico, secondo la ricorrente tale violazione si sarebbe consumata in ragione del fatto che SAVET otteneva l'aggiudicazione di 2 lotti (il primo ed il secondo), ovvero, nello specifico: in forma singola, l'aggiudicazione del Lotto n.1; quale mandataria del costituendo RTI con EVERGREEN, l'aggiudicazione del Lotto n.2.

In via del tutto preliminare, il Collegio evidenzia che, nel caso in esame, la Stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, ha introdotto non un vincolo di partecipazione (di cui all'art. 51, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016), essendo ammessa la partecipazione da parte dello stesso soggetto a tutti i lotti, ma un vincolo di aggiudicazione (di cui all'art. 51, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016).

Ebbene, l'art. 51, comma 3 d.lgs. n.50 del 2016, applicabile al caso in esame *ratione temporis*, dispone quanto segue: "*Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell' invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo*".

È pertanto determinante, al fine della decisione della presente controversia, stabilire, come peraltro evidenziato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 668 del 23 febbraio 2024, quale fosse la reale volontà espressa dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara, poiché il vincolo di aggiudicazione dovrà interpretarsi alla luce (oltre che della sua *ratio*), anche di tale volontà.

Ebbene, seguendo le coordinate indicate dal Consiglio di Stato, si osserva che, nel caso in esame, nelle premesse del Disciplinare di gara veniva specificato che "*È ammessa la partecipazione ad uno,*

alcuni o tutti i lotti anche se, ai sensi dell'art. 51 co. 3 del Codice. In caso di aggiudicazione, da parte di una stessa impresa, di più lotti, la stessa risulterà aggiudicataria soltanto del lotto di maggiore importo. Per gli altri si procede con il secondo in graduatoria. Nel caso in cui sia stata presentata una sola offerta per un determinato lotto da parte di un'impresa risultata aggiudicataria già di altro lotto di importo superiore, la stessa potrà risultare aggiudicataria anche dell'altro lotto, in modo da evitare che alcuni lotti possano restare privi di offerte aggiudicabili. N.B.: l'impresa che partecipa a più di un lotto, nell'eventualità in cui dovesse aggiudicarsene più di uno, dovrà tenere in considerazione che le attività oggetto dell'appalto dovranno essere svolte contemporaneamente nelle varie aree geografiche di riferimento, pertanto dovrà essere in grado di svolgere il servizio con le attrezzature e il personale necessario per la mole di lavoro complessiva dei lotti aggiudicati.”.

Inoltre, a fugare qualunque dubbio circa l'interpretazione del disciplinare di gara, la Stazione appaltante ha pubblicato specifici chiarimenti.

Invero, la Stazione Appaltante, in sede di chiarimenti, a fronte della chiara richiesta *“se, relativamente alla presente procedura di gara, sia possibile aggiudicare più di un lotto alla stessa impresa...non è chiaro se l'impresa che partecipa a più lotti possa aggiudicarne uno soltanto o più di uno”* pubblicava la seguente chiara risposta: *“l'aggiudicazione a più lotti si può verificare nel caso in cui nessun concorrente presenti altre offerte per i lotti oggetto della gara”*.

Non solo, a fronte dell'ulteriore richiesta – formulata proprio dal ricorrente – se fosse *“possibile partecipare a tutti i lotti indicando per ognuno di essi consorziate esecutrici diverse, ed eventualmente risultare aggiudicati di più di un lotto”*, la Stazione Appaltante pubblicava la seguente risposta: *“si conferma che resta ammessa la possibilità di partecipare a tutti i lotti ma l'aggiudicazione segue le regole previste dal Disciplinare di gara in quanto il consorzio rimane comunque l'operatore economico partecipante alla gara da considerarsi in senso unitario e non moltiplicabile in ragione delle sue consorziate esecutrici”*.

Quanto sopra per quanto riguarda la reale volontà della Stazione appaltante manifestata negli atti di gara.

Per quanto riguarda la finalità del vincolo di aggiudicazione, il Collegio osserva che la stessa si ravvisa nell'intento di stimolare la concorrenza, impedendo, nello specifico, la concentrazione di più lotti in capo alla stessa impresa e, quindi, che più lotti vengano affidati allo stesso soggetto.

La finalità pro-concorrenziale dell'art. 51, comma 3 d.lgs. n. 50 del 2016 è stata ben chiarita dallo stesso Consiglio di Stato che ha evidenziato quanto segue: *“...la finalità di tale disposizione si rinviene nel Considerando 79 della Direttiva 2014/24/UE, che facoltizza le stazioni appaltanti a limitare il numero dei lotti aggiudicabili al medesimo operatore economico “allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento”. Tale indicazione, e la disposizione di diritto interno che ne costituisce attuazione, disvelano pertanto plasticamente il duplice profilo causale dei contratti di appalto pubblici: quello c.d. “contabilistico”, funzionale alle (sole) esigenze di approvvigionamento di beni e servizi dell'amministrazione; e quello c.d. “proconcorrenziale”, efficacemente descritto dalla dottrina con come volto a creare artificialmente le condizioni di concorrenza (peraltro non solo in un'ottica macroeconomica, ma anche allo scopo di favorire l'interesse del contraente pubblico) laddove esse non si sarebbero naturalmente esplicitate. 6. Data la superiore premessa va ulteriormente rimarcato, sul piano sistematico, che il terzo comma del citato art. 51 del codice dei contratti pubblici si inserisce nel contesto di una disposizione la cui complessiva disciplina è finalizzata alla tutela – in termini di accesso al mercato delle commesse pubbliche - “delle microimprese, piccole e medie imprese”: così*

si esprime il primo comma, indicando la finalità della suddivisione in lotti (che è nozione, ed attività, logicamente propedeutica all'inserimento del vincolo di aggiudicazione, che tale suddivisione, appunto, suppone). Si vuol dire che la disciplina del vincolo di aggiudicazione va interpretata (anche) avuto riguardo al fatto che tale istituto non è isolato, ma è parte del più complesso regime della suddivisione in lotti, che ne costituisce il fondamento sistematico..." (Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 8990).

Ancora più chiaramente, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *"...l'opzione (distinta, autonoma ed ulteriore) per una limitazione quantitativa del "numero dei lotti che possono essere aggiudicati a ciascun offerente" esibisce una sua concreta specificità, che qualifica e connota il (generico) obiettivo del favor per l'apertura competitiva al mercato (essenzialmente a salvaguardia delle imprese minime, piccole e medie) nel senso di una (più rigorosa ed incisiva) limitazione a forme di concentrazione, accaparramento e acquisizione centralizzata delle commesse pubbliche...il vincolo di aggiudicazione opera in una (più) discrezionale 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 ed organizzati facenti capo ad unico centro decisionale."* (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481).

La *lex specialis* di gara pertanto deve interpretarsi secondo i comuni criteri ermeneutici, *in primis*, quello letterale e, non essendo univoca l'interpretazione della locuzione "stessa impresa", ricorrendo altresì al criterio teleologico e, quindi, come suggerito dallo stesso Consiglio di Stato, tenendo conto della specifica finalità pro-concorrenziale sottesa alla disposizione di cui all'art. 51, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si osserva che invece non è pertinente il richiamo alla sentenza, che la sezione non ignora, del Consiglio di Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 62, la quale riguarda il vincolo di partecipazione (art. 51, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016), mentre, nel caso in esame, la Stazione appaltante, come dalla stessa precisato anche in sede processuale, aveva previsto un diverso vincolo di aggiudicazione (art. 51, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016).

Sulla differenza tra vincolo di partecipazione e vincolo di aggiudicazione, anche sotto il profilo della ratio, si richiama quanto condivisibilmente chiarito dal Consiglio di Stato: *"...se è, naturalmente, eccezionale la regola che volta a volta limiti (o precluda o conformi) la partecipazione alle procedure evidenziali – non altrettanto può dirsi in ordine ad un vincolo, come quello correlato al divieto di plurime aggiudicazioni, che, senza precludere la competizione, operi, nei sensi chiariti, in funzione non solo proconcorrenziale, ma propriamente distributiva e antitrust. Sicché appare corretto – in una plausibile logica sostanzialistica, orientata a disincentivare ed impedire forme e modalità di partecipazione che, anche quando non siano collusive o propriamente abusive (incorrendo, come tali, in specifiche cause di esclusione come illeciti anticoncorrenziali: cfr. art. 80, comma 5, lett. c) d. lgs. n. 50/2016), risultino, ai fini evidenziati, elusive del divieto di accaparramento – riferire il limite, estensivamente, anche agli operatori economici sostanzialmente riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad una organizzazione economica operante, a guisa di grande player di mercato, in forma di holding. Si tratta, di nuovo, di una logica coerente con una disciplina di gara che – lungi dal limitarsi al frazionamento dell'appalto (ex art. 51, comma 1) – avesse specificamente inteso, nei termini illustrati, segmentare e distribuire l'affidamento dei lotti: i quali, a diversamente opinare, ben potrebbero essere acquisiti, a dispetto delle finalità proconcorrenziali, da un unico ed organizzato gruppo societario, che si avvallesse di una pluralità di operatori economici controllati. Né si tratta di opzione ermeneutica fondata sul ragionamento analogico (come tale preordinato alla estensione di una regola ad un caso non previsto né codificato): la illustrata ratio interna alla disposizione fa,*

invero, palese, che la stessa postula una nozione estensiva di “operatore economico” (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481).

Pertanto, a prescindere dal risultato in concreto ottenuto attraverso le specifiche - e contestate in questa sede - modalità applicative del vincolo di aggiudicazione (trattandosi di elemento neutro, di per sé non indicativo dell'assenza di vizi nella gestione della gara), il consentire, in generale, ad un'impresa di aggiudicarsi (non di partecipare) un lotto in forma singola e gli altri in RTI determinerebbe, di fatto, un'elusione dello stesso vincolo di aggiudicazione che, sì l'Amministrazione, per legge, ha la mera facoltà di introdurre negli atti di gara nell'esercizio della sua discrezionalità, ma una volta introdotto ha poi l'obbligo di rispettare, mentre la lettura offerta in sede processuale della suddetta clausola metterebbe in discussione lo stesso *an* del vincolo di aggiudicazione (pertanto, la stessa introduzione del vincolo).

L'introduzione di un vincolo di aggiudicazione (e si ribadisce, non di partecipazione) fa sì che, anche se solo ed unicamente per tale specifico aspetto (al fine della sola ed esclusiva applicazione del limite di aggiudicazione), la gara debba inevitabilmente essere considerata come unitaria.

Per quanto riguarda il significato da attribuire a “stessa impresa”, il Collegio osserva che rileva sul punto quella condivisibile giurisprudenza che si è così pronunciata: *“la finalità pro-concorrenziale del vincolo di aggiudicazione è di fatto vanificata dalla clausola prevista nel medesimo Disciplinare, dove si chiarisce che, ai fini del divieto di aggiudicazioni di più di due lotti al medesimo concorrente, “per medesimo concorrente, deve intendersi lo stesso soggetto giuridico, sia esso in forma singola ovvero associata, purché in tale ultima fattispecie sia riscontrabile l'identità dei componenti”Detta clausola, infatti, permette ad un concorrente, il quale presenta un'offerta come mandatario in tutti i lotti, cambiando un solo membro mandante ogni volta, di aggiudicarsi anche tutti gli stessi lotti, nonostante il limite di un massimo di due. È consentito, infatti, al singolo operatore di partecipare a tutti i lotti in diversa composizione sicché il limite posto dal Disciplinare – e relativo alla possibilità di aggiudicarsi effettivamente solo due lotti – è in concreto suscettibile di essere disatteso, così consentendo una indebita concentrazione dei servizi in questione nelle mani di pochi operatori. 4.3. – La clausola è quindi illegittima perché anticoncorrenziale e antitetica alla stessa scelta del vincolo di aggiudicazione, permettendone l'elusione attraverso l'utilizzo strumentale delle partecipazioni ai raggruppamenti e, quindi, la possibilità di organizzarsi con diverse forme giuridiche per ogni lotto” (T.A.R. Calabria, sez. I, 27 dicembre 2019, n.2151).*

Nel caso in esame, peraltro, a differenza del caso valutato dal T.A.R. Calabria, la *lex specialis* non prevedeva la possibilità di aggiudicare più lotti in caso di diversa partecipazione/composizione dell'RTI.

Lo stesso Consiglio di Stato ha condivisibilmente chiarito che *“...la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, sicuramente a partire dalla sentenza della V Sezione n. 6481 del 2021, è assolutamente pacifica e coerente – con l'unica eccezione della isolata pronuncia n. 8245 del 2021 della V Sezione - nel ritenere che il vincolo di aggiudicazione si applichi non soltanto alla singola impresa, ma “ad un unico centro decisionale... È questa la ragione per cui...in presenza di una clausola prevedente un vincolo di aggiudicazione si presume che la stessa risponda (anche) alla ratio di impedire l'accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto, dovendo semmai essere motivata la diversa ipotesi in cui tale finalità non vi sia...” e che “L'espressione usata nella richiamata disposizione della legge di gara per definire l'ambito di operatività del vincolo di aggiudicazione (“concorrente”) sia sul piano letterale che su quello funzionale non consente di circoscrivere la nozione alla singola impresa, dal momento che ha riguardo proprio ad una categoria connotata dal riferimento al confronto nel relativo mercato. Si tratta di una nozione che replica quella*

di “offerente”, utilizzata sia dal citato art. 51, comma 3, che dall’art. 46, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE: e che va evidentemente intesa in senso sostanziale e funzionale, dunque in modo da “dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva” (Consiglio di Stato, sentenza n. 6481/2021, cit.). Il tutto si riconduce, dunque, alla già esaminata interpretazione della norma primaria: specie laddove, come nel caso di specie, la legge di gara introduca una disciplina del vincolo di aggiudicazione che ne riproduce la previsione... Va ulteriormente osservato che nel caso di specie l’applicazione del vincolo di aggiudicazione nel senso auspicato dall’appellante porterebbe all’aggiudicazione al medesimo centro decisionale (recte: alla medesima realtà imprenditoriale ed aziendale, come si preciserà) di sei dei dodici lotti della gara... In altre parole, la partecipazione alla gara mediante due imprese formalmente distinte, ma riconducibili al medesimo centro decisionale, avrebbe comportato l’elusione della finalità sottesa alla stessa suddivisione in lotti (ed al vincolo di aggiudicazione), consentendo all’unitaria realtà imprenditoriale di aggiudicarsi la metà dell’oggetto del contratto complessivamente inteso, laddove la legge di gara mirava ad un risultato esattamente opposto”, che “L’appellante, in sede di discussione orale, ha obiettato che il gruppo di imprese deve essere posto in condizione di conoscere preventivamente l’ambito di operatività del vincolo, al fine della decisione sulla presentazione o meno dell’offerta: evitando di presentarla in quelle gare in cui la stazione appaltante dovesse farne applicazione oltre la singola impresa. Tale legittima preoccupazione, tuttavia, si sdrammatizza solo che si consideri quanto appena richiamato: vale a dire che, ad un esatto inquadramento dei tratti normativi dell’istituto, la possibilità della sua applicazione alle imprese collegate è nel sistema, sicché la prevedibilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali è già assicurata sul piano normativo, senza necessità di una specificazione volta per volta in sede di legge di gara (che anzi aumenterebbe il tasso di complicazione del sistema)”. (Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 8990) e ancora che “nel caso in cui sia limitato “il numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente” (art. 51, comma 3) – l’offerta imputabile ad un unico centro decisionale debba essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un “solo offerente” sostanziale. E ciò, in buona sostanza, nel senso che così come una formale (ed apparente) pluralità di offerte, in realtà unitariamente elaborate, mira ad aggirare il divieto (immediatamente operante nella fase di ammissione) di offerta plurima, alla stessa stregua una formale proposta di aggiudicazione di un singolo lotto, concordata con altri operatori in virtù di una unitaria determinazione, mira ad aggirare (pur non essendo vietato in sé ed ex ante il cumulo di offerte) il divieto (operante, secundum eventum, all’esito della procedura) di aggiudicazione plurima. Sicché, in definitiva, se è il divieto (legale) di “offerte plurime” a giustificare, quando sia unica la gara, l’immediata esclusione, è il divieto (facoltativo solo nell’an, ma autovincolante nel quomodo) di “aggiudicazioni plurime” ad imporre l’esclusione del concorrente che già si sia sostanzialmente aggiudicato un altro lotto (arg. ex comb. disp. artt. 32 comma 4, 80 comma 5 lett. m) e 51 comma 3 d. lgs. cit.)” (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481).

È la stessa Stazione appaltante a rendersi conto della possibile strumentalizzazione elusiva di tale modalità applicativa del vincolo, laddove nella memoria del 10 maggio 2024, precisa quanto segue: “Quanto sopra non significa certo avallare comportamenti estremi di natura elusiva (come nel caso di scambi all’interno del medesimo RTI), “... restando rimessa alla stazione appaltante, nella fase di aggiudicazione, verificare la loro compatibilità con il ‘vincolo di aggiudicazione’ ...” (così Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493), ma si tratta di ipotesi da dimostrare in concreto e che non appaiono essersi verificate nel caso di specie visto l’esito della procedura di affidamento come descritto sub §I.1 della memoria per la Camera di Consiglio. Detta dimostrazione è totalmente mancata nel caso di specie, di modo che appare legittima l’applicazione della clausola della lex specialis sul vincolo di aggiudicazione per come applicata dalla Stazione Appaltante”.

Il Collegio, per completezza, osserva ulteriormente che, se la gara non fosse stata suddivisa in lotti, in base all'art. 48, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*, la Savet non avrebbe potuto partecipare prima come impresa singola e poi in RTI. Invero, l'art. 48, comma 7 recitava: “È fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti”.

Si deve pertanto ritenere che l'aggiudicazione di n. 2 lotti al medesimo concorrente SAVET – sia pure, l'uno (il Lotto 1) in forma singola e l'altro (il Lotto 2) quale mandatario di un RTI (in cui la stessa SAVET assumeva una quota di esecuzione del 70%) – sia stata assunta, così come dedotto dal consorzio ricorrente, in violazione dell'art. 51, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché delle specifiche indicazioni contenute nel disciplinare di gara, così come interpretate dalla stessa stazione appaltante in sede di risposte ai chiarimenti.

Il ricorso principale pertanto è fondato e va accolto per l'assorbente profilo sopra evidenziato.

2. – Si passa ad esaminare il ricorso incidentale.

2.1. - La controinteressata, nell'ipotesi di positiva valutazione delle prospettazioni del Consorzio ricorrente, per quanto di proprio interesse, deduce l'illegittimità del Disciplinare di gara nel punto in cui individua il vincolo di aggiudicazione dei diversi lotti, laddove dovesse essere interpretato nel senso prospettato dalla ricorrente principale (esclusione della possibilità di affidare due lotti, l'uno alla Savet come impresa singola, un altro alla Savet in RTI), nei limiti della corretta interpretazione che mantenga l'aggiudicazione nei confronti dell'esponente e degli atti connessi, sempre nei limiti dell'interesse della controinteressata.

In estrema sintesi, con il primo motivo di ricorso incidentale, la controinteressata sostiene che il vincolo di aggiudicazione dovesse essere riferito unicamente al concorrente inteso quale operatore economico che ha presentato un'offerta, e non anche a tutte le forme di partecipazione assunte da una società nei diversi lotti.

Una diversa interpretazione degli atti di gara da quella appena illustrata risulterebbe, secondo la controinteressata, in contrasto con tutti i principi richiamati in rubrica e segnatamente con il principio interpretativo che privilegia, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della *lex specialis*, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza. Ogni diversa interpretazione della disposizione del Disciplinare, a parere della controinteressata, si porrebbe in patente contrasto con i richiamati principi di interpretazione letterale del bando, di legittimo affidamento, di massima partecipazione e di divieto di integrazione delle regole di gara.

2.2. - Con il secondo motivo del ricorso incidentale, la controinteressata sostiene che il Disciplinare di gara -ove introducesse il vincolo di aggiudicazione applicabile 'estensivamente'- risulterebbe nullo anche in violazione del noto principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 83 comma 9 del codice. Ed infatti, a voler seguire il ragionamento della ricorrente, secondo la controinteressata, la legge di gara introdurrebbe una causa di esclusione ulteriore per aver partecipato in forma o composizione diversa nei distinti ed autonomi lotti di gara.

Per ragioni di economia processuale, il Collegio, per quanto riguarda la corretta interpretazione e applicazione del disciplinare di gara e dell'art. 51, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, non può che rinviare a quanto già ampiamente illustrato nel punto 1 di questa sentenza.

Alla luce di quanto ivi chiaramente illustrato, il primo motivo del ricorso incidentale deve ritenersi privo di pregio.

Per quanto riguarda il secondo motivo di ricorso incidentale, il Collegio si limita ad osservare che l'interpretazione del disciplinare di gara nei sensi delineati al punto 1 di questa sentenza non comporta l'estensione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma esclusivamente la mera applicazione del vincolo di aggiudicazione, introdotto liberamente e discrezionalmente dalla stessa Stazione appaltante.

Anche il secondo motivo del ricorso incidentale è dunque privo di pregio.

Il ricorso incidentale, pertanto, è infondato e va respinto.

3. - In conclusione, il ricorso principale è fondato e deve essere accolto per le ragioni evidenziate al punto 1 di questa sentenza, con assorbimento di tutti gli altri motivi di ricorso, mentre il ricorso incidentale deve essere respinto perché infondato.

4. - In senso conformativo, la Stazione appaltante dovrà pertanto procedere a riassegnare i lotti nel rispetto di quanto evidenziato al punto 1 di questa sentenza. La sussistenza di margini di esercizio del potere, esime il Collegio dal valutare la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente in relazione ad uno dei lotti in gara.

5. – La particolare complessità della questione principale oggetto della controversia giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite, salvo la condanna in solido di Sistema S.r.l. e di Savet S.r.l. al rimborso del contributo unificato in favore del ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, così dispone:

- rigetta il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale nei sensi e termini di cui in motivazione;
- compensa le spese, salvo la condanna in solido di Sistema S.r.l. e di Savet S.r.l. al rimborso del contributo unificato in favore del ricorrente.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Flavia Risso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Flavia Risso

Roberto Pupilella