

Amministrativo 13 Ottobre 2021

Appalti: vincolo di aggiudicazione nella gara plurima anche per la concorrente riconducibile ad una controllante già aggiudicataria. Nuovo orientamento dal Cds

di Marco Buccarella *

In breve

Nel caso di gara plurima in cui sussiste un limite di aggiudicazione di lotti per ogni concorrente, detta preclusione si estende anche «agli operatori economici riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad una organizzazione economica operante, a guisa di grande player di mercato, in forma di holding».

Con la recente [sentenza n. 6481 del 27 settembre 2021](#), il Consiglio di Stato, Sez. V, nel rigettare l'appello proposto avverso la pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 6031/2020, ha chiarito che nel caso di gara plurima in cui sussiste un limite di aggiudicazione di lotti per ogni concorrente, detta preclusione si estende anche «agli operatori economici riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad una organizzazione economica operante, a guisa di grande player di mercato, in forma di holding». Nel caso di specie, dunque, l'Amministrazione, a fronte di un limite di lotti aggiudicabili espressamente contemplato dalla *lex specialis*, ha correttamente escluso la concorrente che «era risultata, in base ad una documentata pluralità di convergenti indici rivelatori (controllo sociale totalitario, unicità della sede, identità di amministratori, rappresentanti e componenti dell'organismo di vigilanza), riconducibile ad un "unico centro decisionale"», facente capo ad una controllante già aggiudicataria di un altro lotto. Il Collegio, nel confermare la legittimità dell'esclusione disposta dalla stazione appaltante, si è inoltre soffermato sulla natura giuridica e la ratio del cd. vincolo di aggiudicazione. Detto vincolo trae fondamento dall'art. 51, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, che, nell'ipotesi di suddivisione dell'appalto in lotti funzionali, abilita le stazioni appaltanti – al di là della facoltà di ogni concorrente di presentare offerta per alcuni o per tutti i lotti – «a "limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente"».

Si tratta di una disposizione avente «funzione non solo proconcorrenziale, ma propriamente distributiva e antitrust», che le Amministrazioni possono prevedere nell'ambito della *lex specialis* al fine di «disincentivare la concentrazione di potere economico» ossia per «precludere l'accaparramento di commesse da parte operatori 'forti', strutturati ed organizzati facenti capo ad unico centro decisionale». In quest'ottica, il vincolo di aggiudicazione si differenzia dalla «fattispecie propriamente 'escludente' codificata all'art. 80, comma 5, lett. m)», che è prevista dalla legge e «operando sin dalla fase iniziale delle operazioni di gara, attiene alla preliminare definizione della platea dei concorrenti ammessi a parteciparvi».

La limitazione dei lotti aggiudicabili, invece, si configura quale scelta discrezionale della stazione appaltante che – sebbene debba essere adottata al momento dell'indizione della gara – produce «i suoi effetti ex post, all'esito della procedura».

Nel fornire tali chiarimenti in merito alla ratio e alla portata del vincolo di aggiudicazione, la Sezione V del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6481/2021, ha espressamente inteso superare un opposto orientamento restrittivo giurisprudenziale (cfr. soprattutto Cons. Stato, Sez. V, n. 1973 del 2 maggio 2017, n. 1973 e Cons. Stato, Sez. V, nn. 1070 e 1071 del 12 febbraio 2020), considerato meritorio «di essere rimediato».

Secondo il Collegio, il divieto di "aggiudicazioni plurime", laddove discrezionalmente stabilito dall'Amministrazione (facoltativo solo nell'an, ma autovincolante nel quomodo), risponde ad una logica coerente con l'obiettivo del favor per l'apertura competitiva al mercato: impedire forme e modalità di partecipazione che, anche quando non siano propriamente abusive e perciò vietate ex art. 80, co. 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, risultino elusive del divieto di accaparramento, in danno delle imprese minime, piccole e medie.

In questo quadro, così come una formale (ed apparente) pluralità di offerte, in realtà unitariamente elaborate, mira ad aggirare il divieto di offerta plurima ex art. 80, co. 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 (immediatamente operante nella fase di ammissione), analogamente «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, se è il divieto di offerte plurime a giustificare ex lege, nell'ipotesi in cui sia unica la gara, l'immediata esclusione di un concorrente, allo stesso modo, per coerenza, è il vincolo di aggiudicazione (discrezionalmente stabilito dalla stazione appaltante) 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.)».

a cura dell'avv. Marco Buccarella (Enrico Follieri & Associati).

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati