

Publicato il 13/12/2024

N. 00017/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00011/2024 REG.RIC.
N. 00012/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 11 di A.P. del 2024, proposto dalla **Europolice** s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 81647157F5, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale p.e.c. in registri di giustizia;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ed il Ministero della giustizia, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Poliziotto Notturmo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 12 di A.P. del 2024, proposto dalla **Europolice** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 816472610B, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale p.e.c. in registri di giustizia;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, ed il Ministero della giustizia, in persona del Ministro in carica, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Poliziotto Notturmo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma, quanto al ricorso n. 11 del 2024, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sede di Roma (sezione seconda) n. 16907/2023 e, quanto al ricorso n. 12 del 2024, della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sede di Roma (sezione seconda) n. 16908/2023;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Consip s.p.a., del Ministero della giustizia e della Poliziotto Notturmo s.r.l.;

Viste le ordinanze della V sezione del 12 agosto 2024, nn. 7111 e 7112;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2024 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti l'avvocato Lorenzo Lentini, l'avvocato dello Stato Giorgio Santini, l'avvocato Gianluigi Pellegrino e l'avvocato Arturo Testa;

1. La Consip s.p.a. a socio unico, centrale di committenza pubblica nazionale, ha indetto nel 2020 una procedura aperta di affidamento in appalto per la fornitura dei «*servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia*», da svolgere all'interno delle sedi degli uffici giudiziari dislocati sul territorio nazionale.

2. In ragione delle dimensioni e del valore economico dell'appalto, pari ad € 278.245.171,68, la s.p.a. Consip ha ripartito la procedura in lotti, secondo un criterio territoriale, in numero di 34, in applicazione dell'art. 51, comma 1, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (ora abrogato), per il quale le stazioni appaltanti dovevano suddividere le gare in lotti «*al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese*».

La centrale di committenza si è inoltre avvalsa del potere previsto dal comma 2 dell'art. 51, secondo cui le stazioni appaltanti «*indicano, altresì, 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*», ed ha previsto (al punto 3.1 del disciplinare di gara) che «*ciascun concorrente può presentare offerta*» per il massimo di 13 lotti e del 40% del valore complessivo della gara.

Per il caso di superamento del duplice limite così stabilito, operante non alternativamente, la s.p.a. Consip ha previsto un criterio di conservazione delle offerte basato sul valore decrescente dei lotti, specificato in una tabella, fino alla riconduzione entro i medesimi limiti.

3. In sede di chiarimenti, la s.p.a. Consip ha poi precisato che l'applicazione dei limiti richiamati sarebbe avvenuta per ogni singolo offerente, senza estendere la verifica ad eventuali suoi rapporti con altri di partecipazioni societarie ex art. 2359 cod. civ.

4. Per i lotti contestati nel giudizio (nn. 16 e 19, del valore di 19.852.909,44 e 2.413.144,85 euro), l'aggiudicazione è stata disposta alla Poliziotto Notturmo s.r.l. ed è stata impugnata dall'appellante **Europolice** s.r.l., classificatasi al secondo posto in entrambi i lotti, la quale ha tra l'altro dedotto che

l'aggiudicataria doveva essere esclusa per violazione del limite di partecipazione, poiché:

- a) l'aggiudicataria fa parte di un gruppo societario, facente capo alla *holding* HCM s.p.a., le cui controllate hanno partecipato alla procedura di affidamento a 32 dei 34 lotti totali, del valore complessivo di oltre il 99% del totale;
- b) si tratterebbe di un «*mega concorrente unico*», la cui partecipazione alla gara sarebbe avvenuta «*in aperta elusione dell'art. 51, commi 2 e 3, D.Lgs. 50/2016 e del vincolo di partecipazione fissato dal bando di gara*».

5. L'esame di queste censure è stato deferito ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. all'Adunanza plenaria dalla V sezione di questo Consiglio di Stato, investita degli appelli della **Europolice** contro le sentenze di rigetto di primo grado.

Nelle ordinanze di rimessione (nn. 7111 e 7112 del 2024), si rileva che risulta pacificamente l'appartenenza dell'aggiudicataria Poliziotto Notturmo al gruppo HCM, partecipante alla procedura di gara suddivisa in lotti nella sopra indicata misura di oltre il 99%.

Inoltre, con sentenze non definitive coeve alle ordinanze di rimessione (nn. 7103 e 7104 del 2024), la V sezione ha respinto le altre censure formulate dalla ricorrente, tra le quali quella secondo cui l'aggiudicataria avrebbe presentato le proprie offerte in collegamento sostanziale con le altre società del gruppo partecipanti alla gara, in violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del citato codice dei contratti pubblici (che prevedeva una causa di esclusione dalla gara per «*l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 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*»).

6. Le questioni deferite all'Adunanza plenaria concernono l'applicazione del limite (cd 'vincolo') di partecipazione (oltre che del 'vincolo' di aggiudicazione, che non è oggetto della controversia).

Si pone la questione se il limite si applichi «*oltre l'operatore economico offerente, nel caso in cui la medesima legge di gara non rechi una specifica indicazione in tal senso*»; in caso di risposta positiva al quesito, si chiede di chiarire quali siano i parametri «*di detta espansione soggettiva*» e sulla base di quali indici l'operazione interpretativa debba essere condotta ed inoltre sulla base di quali criteri debbano essere individuate «*le offerte da escludere in quanto in soprannumero*».

7. La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è divisa sulla possibilità di estensione soggettiva del limite di partecipazione (e di aggiudicazione), con i seguenti orientamenti:

- quello favorevole, anche in mancanza di un'espressa indicazione sul punto nel bando di gara, basato su argomenti teleologici, riconducibili all'esigenza di dare al mercato degli appalti pubblici massima apertura alla concorrenza, rispetto alla quale sono strumentali la suddivisione della gara in lotti, dichiaratamente a favore degli operatori economici di minori dimensioni (art. 51, comma 1, dell'codice dei contratti pubblici n. 50 del 2016), e inoltre i limiti di partecipazione e aggiudicazione previsti dai commi 2 e 3 del medesimo articolo;

- uno contrario, per il quale i limiti non sono estensibili a casi non previsti dalla legge o dal bando, per l'impossibilità di introdurre *a posteriori* cause di esclusione, che lederebbero i principi di certezza e trasparenza;

- e un terzo più recente, per il quale i limiti si estendono in caso di accertato intento elusivo, equiparabile alla dichiarazione falsa o fuorviante in grado di «*influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*» sulla partecipazione dell'operatore economico e l'aggiudicazione della gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), dell'abrogato codice dei contratti pubblici.

8. Le ordinanze di rimessione hanno aderito alla tesi restrittiva, sulla base del carattere discrezionale del limite di partecipazione e di una ricostruzione sistematica per cui l'interesse alla massima apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza è in posizione equiordinata e non sovraordinata rispetto all'interesse alla selezione del miglior contraente privato.

9. Ciò premesso, rispetto alle questioni deferite con le ordinanze di rimessione, risultano pregiudiziali alcune sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea.

10. L'indirizzo estensivo sui limiti di partecipazione postula un'interpretazione a sua volta estensiva del concetto di «operatore economico», enunciato dall'(allora vigente) art. 3, comma 1, lett. p), del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e dall'art. 2, par. 1, n. 10), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

La lettera p) del comma 1 dell'art. 3 definisce l'«operatore economico» come *«una 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, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi»*.

Il paragrafo 1 dell'art. 2 della direttiva lo definisce *«una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi»*.

11. Nessuna delle due disposizioni fa riferimento ad una soggettività diversa da quella del singolo operatore, eventualmente raggruppato, che nel partecipare alla procedura ha «presentato un'offerta» e che perciò è definito «offerente» dalla normativa sovranazionale e quella interna, rispettivamente agli artt. 3, comma 1, lett. cc), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e 2, par. 1, n. 11), della direttiva 2014/24/UE.

12. L'interpretazione estensiva del limite di partecipazione richiede quindi di non dare decisivo rilievo alla 'isolata' soggettività dell'operatore economico che partecipa alla procedura.

Il dato normativo non offre tuttavia sicuri argomenti a sostegno di questa interpretazione.

Per quanto riguarda l'art. 2, par. 1, n. 10), della direttiva 2014/24/UE, il considerando 14 afferma l'opportunità di interpretare la nozione di operatore economico *«in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare»*.

In via esemplificativa, il considerando 14 si riferisce a *«imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche»* ed enuncia l'esigenza di prescindere dalla personalità giuridica.

13. Il considerando 14 riguarda solo il soggetto cui è imputabile il rapporto derivante dalla partecipazione.

Nell'ambito della generale finalità di apertura delle procedure alla concorrenza, cui è informata la direttiva 2014/24/UE, esso auspica che la partecipazione sia consentita ad ogni operatore economico in grado di presentare un'offerta, a prescindere dalla sua forma giuridica.

14. Nondimeno, come segnalano le ordinanze di rimessione, l'orientamento giurisprudenziale che sostiene l'interpretazione estensiva del vincolo di partecipazione enuncia l'esigenza di interpretare *«in senso sostanziale e funzionale»* la nozione di *«offerente»*, per superare *«il profilo formale della pluralità soggettiva»* che caratterizza il gruppo societario.

In contrario, le ordinanze rilevano che:

- le nozioni di *«operatore economico»* e di *«offerente»* avrebbero l'unica funzione di *«individuare con certezza (sulla base dell'offerta) l'operatore economico che partecipa alla gara in colui che ha sottoscritto l'offerta»*, soggetto alle decisioni della stazione appaltante sull'ammissione alla gara e sulla selezione dell'offerta.

- sarebbero tassativamente previste dalla legge le *«circostanze ulteriori caratterizzanti, anzi alteranti, il profilo soggettivo dell'offerente»*, come nel caso di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale, previsto dall'art. 80, comma 5, lett. m), del codice n. 50 del 2016.

15. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'accertamento di un collegamento sostanziale tra offerte va svolto in concreto, sulla base di elementi indiziari che denotino l'influenza reciproca nella loro formazione, e che non possono essere ridotti al solo dato formale del collegamento societario (Corte di giustizia UE, sentenza 19 maggio 2009, in C-538/07).

Per la sentenza dell'8 febbraio 2018, C-144/17, è conforme al diritto europeo quello interno che consente di escludere due operatori economici membri di una più ampia entità, quando - sulla base di elementi di prova incontestabili - sia possibile affermare che le loro offerte non sono state formulate in maniera indipendente.

16. Per contro, l'interpretazione estensiva dei limiti di partecipazione e di aggiudicazione introdotti in una gara suddivisa in lotti dovrebbe condurre all'automatica esclusione dell'operatore economico che sul piano formale ha presentato offerte in misura inferiore ai limiti, ma che nondimeno fa parte di un gruppo societario che nel suo complesso ha concorso per un numero maggiore di lotti consentiti in base ai vincoli medesimi.

17. Il 'rilievo estensivo' dei limiti di partecipazione e di aggiudicazione non si desume nemmeno dall'art. 46 della direttiva 2014/24/UE.

L'art. 46 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di suddividere la gara in lotti (par 1), di limitare la presentazione delle offerte *«per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti»* (par. 2) e di indicare *«il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente»* (par. 2, comma 1), purché i limiti siano indicati nel bando di gara.

Un *favor* della direttiva per la suddivisione della gara in lotti è invece espresso nel considerando nel quale si auspica che le amministrazioni aggiudicatrici *«dovrebbero (...) essere incoraggiate»*, per la più ampia partecipazione delle piccole e medie imprese (78).

Tuttavia, con riguardo ai limiti di partecipazione e aggiudicazione in caso di suddivisione in lotti, il considerando 79 ha rimarcato il carattere discrezionale dei due istituti, quali *«facoltà»* delle amministrazioni aggiudicatrici, con

l'obiettivo (nel caso dei limiti di partecipazione) *«di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento»*.

18. Per le ordinanze di rimessione, il duplice riferimento del considerando 79 ora riportato sarebbe sintomatico del fatto che l'obiettivo della massima apertura alla concorrenza, a base degli istituti della suddivisione della gara in lotti e dei limiti di partecipazione e aggiudicazione, non avrebbe eliso quello tipico dell'evidenza pubblica alla selezione del miglior contraente.

Il bilanciamento dei contrapposti interessi si sarebbe quindi tradotto nell'affermazione della natura discrezionale delle scelte della stazione appaltante di fissare nel bando di gara i limiti di partecipazione e di aggiudicazione.

In via di ulteriore conseguenza, sarebbe *a fortiori* discrezionale *«la conformazione di detto vincolo e quindi l'estensione dello stesso oltre il singolo partecipante, al fine di comprendere una realtà imprenditoriale più vasta»*.

La conclusione che se ne trae è che in assenza di previsioni espresse nel bando di gara i limiti non potrebbero essere applicati a livello di gruppo societario.

19. Pur basata su dati testuali tratti dalla direttiva 2014/24/UE, la ricostruzione delle ordinanze di rimessione potrebbe tuttavia risentire di una visione parziale del diritto dell'Unione europea, in cui l'apertura alla concorrenza è enunciata nel considerando 1, quale valore fondante l'armonizzazione a livello sovranazionale per gli appalti sopra la soglia di rilevanza economica ivi stabilita.

Il considerando 2 enuncia l'obiettivo di *«facilita(re) in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI)»*, in chiave strategica per una *«crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»* (cd strategia Europa 2020).

La realizzazione degli obiettivi enunciati dall'Unione europea ed ora richiamati potrebbe mancare se lasciata alla libera discrezionalità delle stazioni appaltanti nella definizione delle condizioni di partecipazione ad una gara suddivisa in lotti.

20. In un sistema di tutela giurisdizionale piena ed effettiva (art. 1 del codice del processo amministrativo; art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, *che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007), dovrebbe essere consentito al giudice - investito del ricorso contro l'aggiudicazione di una gara suddivisa in lotti - di sindacare le scelte dell'amministrazione nella definizione dei limiti di partecipazione ad essa.

L'amministrazione dovrebbe attenersi ai principi generali di massima concorrenzialità degli appalti pubblici e di apertura alla più ampia partecipazione delle piccole e medie imprese.

21. Dovrebbe pertanto essere sindacabile la scelta di non applicare il limite di partecipazione a livello di gruppo societario, quando essa conduca - come nel caso di specie - a consentire ad un solo gruppo di concorrere per 32 dei 34 lotti totali, per un valore complessivo superiore al 99% di quello complessivo della gara, e così avvalersi in massimo grado della sua posizione di forza economica per vanificare la finalità della suddivisione in lotti e del limite di partecipazione per essi previsto (pari a 13 lotti e al 40% del valore della gara, come sopra esposto).

22. Significativo è l'art. 58, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (entrato in vigore dopo l'emanazione degli atti impugnati), che rispetto al previgente codice ha disposto che le stazioni appaltanti:

- possono limitare *«il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente»* tra l'altro *«per ragioni inerenti al relativo mercato»*, e in questo specifico caso *«anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile»*, ovvero in situazione di controllo societario;

- alle *«medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti»*, possono limitare *«anche il numero di lotti per i quali è possibile*

partecipare».

Queste disposizioni si possono considerare o innovative rispetto al previgente codice dei contratti pubblici oppure ricognitive nel sistema nazionale dei principi europei rilevanti per verificare se l'amministrazione ha legittimamente esercitato la discrezionalità nella definizione dei limiti di partecipazione e di aggiudicazione a gare suddivise in lotti.

23. La composizione del mercato di riferimento di un contratto pubblici di lavori, servizi e forniture costituisce del resto uno degli elementi che in una prospettiva di buona amministrazione e di efficienza della spesa pubblica dovrebbe sempre orientare le scelte della stazione appaltante nella definizione delle regole di gara.

La partecipazione in massa di imprese facenti parte del medesimo gruppo societario potrebbe quindi vanificare, o eludere, i limiti previsti dalla stazione appaltante nel bando di gara, sulla base del formale riferimento al «concorrente» o (come previsto dalla legge) di «offerente», senza alcuna possibilità di un'estensione su base soggettiva al gruppo di cui questo fa parte.

24. Pertanto, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, previa riunione dei giudizi deferiti ex art. 99, comma 1, cod. proc. amm. a questa Adunanza plenaria, vanno rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali:

I) se il diritto dell'Unione europea, ed in particolare l'art. 2, par. 1, n. 10), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 (sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE), che definisce l'«operatore economico», in relazione ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, può essere interpretato in senso estensivo al gruppo societario di cui fa parte;

II) se il diritto dell'Unione europea, ed in particolare l'art. 46 della direttiva 2014/24/UE, relativa alla suddivisione della gara in lotti, che facoltizza le amministrazioni aggiudicatrici a suddividere la gara in lotti (par 1), a limitare la presentazione delle offerte «per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti» (par. 2), e a

indicare «*il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente*» (par. 2, comma 1), possa essere applicato dando rilievo al gruppo societario di cui fa parte l'offerente;

III) se il diritto dell'Unione europea, ed in particolare i principi generali di certezza e proporzionalità, ostino ad un'esclusione dalla gara in via automatica di un offerente facente parte di un gruppo societario che in una gara suddivisa in lotti ha partecipato e presentato offerte attraverso le proprie partecipate in misura superiore ai limiti di partecipazione e di aggiudicazione previsti dal bando di gara.

25. In conseguenza della rimessione ex art. 267 TFUE, ed in conformità alle raccomandazioni relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (C-380/1 dell'8 novembre 2019), vanno trasmessi in copia alla Cancelleria della Corte di Giustizia i seguenti atti di causa:

- gli atti ed i provvedimenti impugnati con i ricorsi di primo grado;
- gli appelli proposti dalla parte ricorrente;
- tutte le memorie difensive depositate dalle parti nei giudizi di appello riuniti;
- la presente ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nelle more i giudizi riuniti sono sospesi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, così provvede:

- I) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- II) ordina la trasmissione alla Corte di copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale degli atti indicati in motivazione e del fascicolo di causa;
- III) sospende il processo nelle more della pronuncia sulle questioni pregiudiziali.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2024 con
l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carminè Volpe, Presidente

Luigi Carbone, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Vito Poli, Presidente

Francesco Caringella, Presidente

Michele Corradino, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO