

Appalti

Suddivisione in lotti, le norme del nuovo codice non possono essere usate per interpretare le vecchie regole

di Roberto Mangani

02 Novembre 2023

Lo chiarisce il Tar Campania che ricorda anche come i vincoli di aggiudicazione si applichino alle imprese parte di unico gruppo imprenditoriale pure se presenti singolarmente in gara

NT+ Contenuto esclusivo Norme & Tributi Plus

Nel caso della suddivisione in lotti di un appalto, il così detto vincolo di aggiudicazione – che pone un limite numerico all’aggiudicazione di più lotti a favore di un unico soggetto – vale anche qualora l’aggiudicazione dei singoli lotti debba essere operata a favore di una pluralità di concorrenti appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale. Il vincolo di aggiudicazione risponde infatti a una finalità proconcorrenziale, volta a evitare la concentrazione delle commesse – con il conseguente restringimento del mercato – in capo a un unico soggetto. Tale finalità verrebbe ad essere elusa qualora si consentisse che tale vincolo non operi nei confronti di concorrenti che, pur essendo aziende formalmente autonome, sono riconducibili a un unico gruppo imprenditoriale.

Sotto altro profilo, ai fini della corretta applicazione della disciplina sulla suddivisione in lotti contenuta nel Dlgs 50/2016 non possono venire in considerazione le disposizioni introdotte dal Dlgs 36/2023, in quanto alle stesse non può essere attribuito valore interpretativo della disciplina previgente, contenendo elementi chiaramente innovativi, che come tali possono valere solo per il futuro. Sono queste le affermazioni contenute nella sentenza del [Tar Campania, Sez. I, 23 Ottobre 2023, n. 5742](#), che interviene sul tema della suddivisione in lotti, da sempre oggetto di notevole dibattito.

Il fatto

Una centrale di committenza aveva indetto una procedura di gara per l’affidamento dei servizi di vigilanza presso le sedi delle aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Campania. La gara era suddivisa in sedici distinti lotti e la relativa disciplina prevedeva contestualmente il vincolo di partecipazione e il vincolo di aggiudicazione.

Quanto al primo era stabilito che ciascun concorrente potesse presentare offerta per un numero massimo di otto lotti. Quanto al secondo, era previsto che ogni concorrente potesse aggiudicarsi fino a quattro lotti, con la specifica che in caso di aggiudicazione del lotto 1 – quello economicamente più rilevante – nessun altro lotto poteva essere aggiudicato al medesimo soggetto.

Alla procedura di gara partecipavano una pluralità di imprese facenti parte del medesimo gruppo imprenditoriale, ognuna delle quali presentava offerte per singoli lotti. Più d’una di queste imprese risultava aggiudicataria dei distinti lotti.

L’ente appaltante riteneva che tali imprese dovessero essere considerate come un’unica entità economica, in quanto sottoposte al medesimo centro di controllo. Di conseguenza, il vincolo di aggiudicazione veniva applicato al gruppo imprenditoriale unitariamente considerato, con l’ulteriore effetto che essendo una delle imprese del gruppo risultata aggiudicataria del lotto 1, gli altri lotti non potevano essere aggiudicati ad altre imprese del medesimo gruppo nonostante le stesse avessero presentato la migliore offerta.

A fronte dell’intervenuto diniego di aggiudicazione una delle imprese destinatarie dello stesso presentava ricorso davanti al giudice amministrativo. Secondo la ricorrente il vincolo di aggiudicazione avrebbe la finalità di non “sovraccaricare” una stessa organizzazione aziendale dello svolgimento di una pluralità di appalti da eseguire contestualmente, a decremento della qualità della prestazione. Sarebbe di conseguenza errato

interpretare tale vincolo come una limitazione del libero svolgimento dell'attività imprenditoriale secondo le modalità ritenute più opportune, che peraltro finirebbe per pregiudicare anche l'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta.

Sulla base di questo presupposto il ricorrente ricorda come si sia sviluppato un orientamento giurisprudenziale secondo cui nel caso di suddivisione in lotti di un appalto i vincoli di partecipazione e aggiudicazione debbano essere interpretati nel senso che gli stessi operano nei confronti del concorrente singolarmente considerato, mentre la loro eventuale estensione al gruppo imprenditoriale implica quanto meno un'esplicita previsione in questo senso contenuta nel disciplinare di gara.

Inoltre, la normativa comunitaria rimette alla discrezionalità del singolo ente appaltante la conformazione in concreto del vincolo di aggiudicazione, collegandone la ratio allo scopo di garantire l'affidabilità della prestazione.

Il vincolo di aggiudicazione nei confronti del gruppo imprenditoriale

Sulla base del contenuto delle censure mosse dal ricorrente, l'oggetto del contenzioso si incentra sulla legittimità del provvedimento con cui l'ente appaltante ha deciso di non aggiudicare un singolo lotto al ricorrente stesso in applicazione del vincolo di aggiudicazione, che viene ritenuto estensibile al gruppo di imprenditoriale in quanto tale (di cui appunto fa parte il ricorrente).

È infatti pacifico che il ricorrente era riconducibile, insieme ad altre imprese che avevano partecipato alla gara, a un unico centro decisionale, identificabile nel gruppo imprenditoriale. L'ente appaltante ha quindi considerato le diverse imprese del gruppo che hanno partecipato alla gara come un'unica entità economica, come tali sottoposte al medesimo centro di controllo. Di conseguenza, una volta accertato che una di tali imprese era risultata aggiudicataria del lotto 1, aveva negato l'aggiudicazione di ulteriori lotti alle altre imprese – e nello specifico anche all'impresa ricorrente – che pure avevano presentato la migliore offerta. Come detto, questa determinazione dell'ente appaltante è stata contestata dal ricorrente, che ne ha subito gli effetti in relazione alla mancata aggiudicazione di uno specifico lotto. In estrema sintesi, le censure del ricorrente si concentrano sulla inapplicabilità del vincolo di aggiudicazione ai concorrenti non in quanto tali ma quali appartenenti a un gruppo imprenditoriale. E in ogni caso, ai fini dell'estensione del vincolo di aggiudicazione al gruppo imprenditoriale sarebbe comunque necessaria una espressa motivazione relativa alle specifiche esigenze del mercato di riferimento.

La tesi prospettata dal ricorrente è stata respinta dal Tar Campania. Il giudice amministrativo ricorda di essersi già espresso su una fattispecie analoga, con una pronuncia che ha poi trovato conferma in sede di appello nella successiva sentenza del Consiglio di Stato.

Nello specifico, il Consiglio di Stato (Sez. III, 15 giugno 2023, n. 5900) ha nettamente distinto la considerazione che il gruppo imprenditoriale deve ricevere ai fini della disciplina dell'esclusione dalla gara delle singole imprese da quella relativa all'applicabilità del vincolo di aggiudicazione.

Sotto il primo profilo, ha evidenziato l'impossibilità di escludere dalla gara le offerte riferite a distinti lotti provenienti da imprese appartenenti al medesimo gruppo. Ciò sulla base del principio secondo cui una gara suddivisa in lotti deve essere considerata una procedura ad oggetto plurimo, in cui quindi non vi è l'indizione di un'unica gara bensì di più gare, ognuna delle quali è dotata di una propria autonomia e si conclude con un provvedimento di aggiudicazione altrettanto autonomo.

Le conclusioni sono invece diametralmente opposte con riferimento al vincolo di aggiudicazione. In questo caso, qualora la clausola del disciplinare di gara lo preveda, lo stesso va applicato a tutte le offerte riconducibili a un unico centro decisionale, in virtù della ratio proconcorrenziale che ne costituisce il fondamento.

Proprio partendo dalle affermazioni contenute nella pronuncia del Consiglio di Stato e in particolare dal richiamo all'esigenza proconcorrenziale cui risponde il vincolo di aggiudicazione, il Tar Campania sviluppa le sue argomentazioni per respingere il ricorso.

La ratio proconcorrenziale che ispira il vincolo di aggiudicazione non può che estendersi anche alla realtà del gruppo imprenditoriale. Infatti, come già evidenziato in passato dalla giurisprudenza, il vincolo di aggiudicazione vuole disincentivare l'accaparramento di una pluralità di commesse da parte di operatori economici forti, capaci di monopolizzare il mercato. Appare quindi logico che lo stesso sia applicato anche nei confronti di operatori economici riconducibili a un unico centro decisionale, cioè a un'organizzazione imprenditoriale operante in forma di holding.

In caso contrario il vincolo di aggiudicazione perderebbe molta della sua efficacia, in quanto verrebbe ad essere consentito che una pluralità di lotti sia acquisita da un unico gruppo imprenditoriale, facendo venir meno la finalità proconcorrenziale cui lo stesso è preordinato. Inoltre, il Tar Campania sottolinea come non sia necessario che l'introduzione nella disciplina di gara del vincolo di aggiudicazione sia giustificata alla luce delle specifiche esigenze del singolo mercato cui la gara si riferisce. Occorre infatti considerare che la finalità proconcorrenziale rappresenta una esigenza generale del sistema e di conseguenza un elemento comune a qualunque mercato di riferimento, senza necessità di individuare esigenze specifiche relative al singolo mercato.

La nuova disciplina del Dlgs 36/2023

Un rilievo significativo nelle argomentazioni del ricorrente è costituito dal riferimento operato alla nuova disciplina contenuta nel Dlgs 36. In particolare, l'articolo 58 – che disciplina la suddivisione in lotti – prevede al comma 4 che il vincolo di aggiudicazione possa essere previsto «per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti il relativo mercato». Questa previsione non era contenuta nella precedente disciplina del Dlgs 50/2016. Il ricorrente la richiama per sostenere la necessità di una specifica motivazione che deve sorreggere il vincolo di aggiudicazione anche in relazione alla disciplina previgente, ritenendo che la disposizione introdotta abbia natura interpretativa della stessa.

Il giudice amministrativo ha respinto questa prospettazione. Ricorda infatti che per poter attribuire natura interpretativa a una disposizione sopravvenuta è necessario che la stessa si limiti ad attribuire alla disposizione precedente un significato già in esso contenuto, rispetto alle altre possibili interpretazioni. Si tratta cioè di chiarire situazioni di oggettiva incertezza applicativa, prendendo a riferimento le elaborazioni giurisprudenziali intervenute e scegliendo l'interpretazione che appare più aderente alla ratio originaria della norma.

Nel caso di specie non ricorre questa condizione. La previsione del comma 4 dell'articolo 58 che collega il vincolo di aggiudicazione alla specifica indicazione di ragioni connesse alle caratteristiche della gara e della prestazione o del relativo mercato di riferimento introduce un elemento nuovo, che era del tutto assente nel precedente regime normativo.

Si tratta quindi di una disposizione che, avendo natura innovativa, disciplina esclusivamente le situazioni successive alla sua entrata in vigore, ma non può essere utilizzata per interpretare la disciplina previgente e applicata quindi a situazioni anteriori alla sua vigenza.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

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

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

 Il Sole 24 ORE