

La ratio del divieto di collegamento di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-quater del Codice e l'ipotesi della suddivisione della gara in lotti diversi

di Benedetta Risolo

Data di pubblicazione: 8-6-2015

Tar Lazio, Sez. II-ter, 5 maggio 2015, n. 6408

Presidente Rotondo; Estensore Maddalena

Non è consentita l'esclusione automatica delle imprese che concorrono al medesimo affidamento essendo la stazione appaltante tenuta a verificare, caso per caso, la sussistenza in concreto di un condizionamento di un'impresa su un'altra nella formulazione dell'offerta, attivando, a tal fine, un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate.

La ratio cui l'art. 38 m-quater si ispira è quella di garantire una leale ed effettiva competizione tra i concorrenti attraverso la previsione di un limite alla partecipazione nei confronti di quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale, tale da arrecare un effettivo vulnus alla correttezza della competizione.

Non assume rilievo la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate da imprese collegate o controllate o in una relazione di mero fatto qualora queste partecipino a gare distinte, essendo in tal caso irrilevante, ai fini del rispetto delle regole che presiedono alle gare pubbliche, l'eventuale imputabilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale e del condizionamento che la stessa presuppone.

Una gara di appalto suddivisa in diversi lotti, qualora sia richiesta la presentazione di tante e distinte cauzioni quanti sono i lotti cui si intende partecipare; la necessità di dimostrare di possedere una struttura adeguata all'espletamento del servizio per tutti i lotti di cui si presenta l'offerta; la necessità di possedere requisiti oggettivi di capacità economica e finanziaria parametrati al valore finanziario di ciascun lotto; la necessità di presentare distinte offerte tecniche per ciascun lotto; l'attribuzione di un distinto Codice identificativo di gara (CIG) per

ciascun lotto; la formazione di distinte graduatorie per ogni lotto nonché la stipula di diversi contratti per ciascun lotto, non può essere considerata come una “medesima procedura di gara” ma come singole procedure tra loro autonome e distinte in cui non è rilevante l’eventuale collegamento tra le imprese partecipanti.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda *ter*)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso, proposto da Società A.I.S.C.A., rappresentata e difesa dall'avv. ***, con domicilio eletto presso l'avv. ***;

contro

Ministero di ... , in persona del Ministro p.t., e A. Agenzia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva dei lotti 2, 5 e 7 dell'appalto per la fornitura e distribuzione di prodotti ortofrutticoli e per la realizzazione di misure di accompagnamento degli allievi degli istituti scolastici di primo grado italiani, a.s. 2014/2015, e, in via subordinata, di tutti gli atti di gara, comprese le aggiudicazioni dei lotti 1,3 4, 6 e 8, del bando di gara, del disciplinare con tutti i suoi allegati;

nonché per la dichiarazione di inefficacia dei contratti eventualmente nelle more stipulati e per il subentro nella posizione di aggiudicatario dei due lotti di maggior valore fra i lotti 2, 5 e 7

ed il risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero di ... , di Società Coop Consorzio O.P., di Società Coop A.F., di Società C.C.O.F. Srl e di Società S.F.&F. Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente espone quanto segue.

Con decreto in data 8.8.2014, è stata indetta, in attuazione della disciplina comunitaria, dal Ministero ... una gara avente ad oggetto la realizzazione di programmi di fornitura e distribuzione di prodotti ortofrutticoli e la realizzazione di misure di accompagnamento (consistenti in iniziative di sensibilizzazione ed informazione) degli allievi degli istituti scolastici di primo grado italiani, anno scolastico 2014- 2015. L'affidamento è stato suddiviso in 8 lotti individuati secondo un criterio geografico territoriale. Le modalità di esecuzione del contratto, consistenti nella fornitura di prodotti frutticoli ed ortofrutticoli e nella loro distribuzione assistita agli alunni con realizzazione di misure di accompagnamento ai fini di sensibilizzare ed informare al maggior consumo di prodotti agricolo, sono state individuate in un unico Capitolato tecnico. La *lex specialis* prevedeva la possibilità per ciascun concorrente di aggiudicarsi al massimo n. 2 lotti, da scegliersi in caso di aggiudicazione di più lotti, tra quelli di maggior valore e che il soggetto che intendesse partecipare a più lotti dovesse sempre presentarsi nella medesima forma e, in caso di raggruppamento temporaneo o consorzio, sempre nella medesima composizione. Sono state richieste giustificazioni per le offerte anormalmente basse presentate da A. per il lotto 4, da S. per i lotti 1, 4 e 5, da RTI B. f. per i lotti 2,3, e 6 e da RTI A. per il lotto 7. All'esito della verifica, tutte le giustificazioni fornite dalle interessate sono risultate adeguate. In conclusione: il lotto 1 è stato aggiudicato al RTI CDP s.r.l.; i lotti 2 e 3 alla B.F.; i lotti 4 e 5 alla ditta S., i lotti 6 e 8 al RTI COF, il lotto 7 al RTI A.F.

La ricorrente è risultata seconda in graduatoria nei lotti 2 e 5 e terza in graduatoria nei lotti 3, 4, 6, 7 e 8. Tanto premesso, la ricorrente impugna in via principale le aggiudicazioni dei lotti 2, 5 e 7 chiedendo il subentro nella posizione di aggiudicatario e la dichiarazione di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati, nonché, in via subordinata, tutti gli atti di gara, comprese le aggiudicazioni dei lotti 1, 3, 4, 6 e 8, il bando, il disciplinare con tutti i suoi allegati, ecc., deducendo vari motivi di impugnazione per violazione di legge ed eccesso di potere. Essa chiede inoltre, nell'ipotesi in cui venga meno la possibilità di conseguire la posizione posta a gara, la condanna della amministrazione al risarcimento del danno per equivalente. Si è costituito il Ministero intimato, il quale ha depositato memorie per chiedere il rigetto del ricorso, perché infondato, e della relativa istanza cautelare. Si sono costituite anche le controinteressate: S.F.eF. s.p.a., Consorzio O.P. soc. cop, RTI C. s.r.l. e A.F. le quali tutte hanno depositato memorie con cui, oltre ad eccepire l'inammissibilità del ricorso, hanno chiesto la sua reiezione in quanto infondato. La ricorrente ha notificato ricorso per motivi aggiunti in data 14 gennaio 2015, mediante il quale ha prospettato un'ulteriore motivo di impugnazione per violazione di legge, emersa all'esito dell'accesso ad ulteriore documentazione effettuato in data 17.12.2014. L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 558 del 2015. Tutte le parti hanno depositato ulteriori memorie e repliche per l'udienza di merito. All'udienza odierna, la causa è stata trattenuta in decisione. Si premette che, ai sensi dell'art. 120, comma 10, c.p.a. le motivazioni della presente sentenza verranno redatte nelle forme di cui all'art. 74 c.p.a.

DIRITTO

Il ricorso e i relativi motivi aggiunti sono infondati e pertanto essi devono essere respinti.

L'infondatezza del ricorso consente di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso prospettate dalle controinteressate costituite. Peraltro, la legittimazione della ricorrente emerge con riferimento alla impugnazione dei lotti 2 e 5 in qualità di seconda classificata e in relazione al lotto 7 in qualità di terza classificata, in quanto comunque la seconda classificata, RTI C., è già aggiudicataria di due lotti di maggior valore (lotti 6 e 8) e non potrebbe comunque conseguire l'aggiudicazione di un terzo lotto. In relazione, invece, alle doglianze di cui alla sezione III del ricorso, la legittimazione della ricorrente sussiste in ragione dell'interesse a veder annullata l'intera procedura, anche ai soli fini dell'eventuale tutela risarcitoria. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente deduce violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m *quater* e comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, della *lex specialis* (par. 13 del Disciplinare) ed eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, pretestuosità, difetto di istruttoria, falso presupposto, contraddittorietà. Sostiene la ricorrente che sussisterebbero indizi gravi che i concorrenti RTI B.f., S. e RTI A.F. abbiano presentato le proprie offerte, nei diversi lotti cui hanno partecipato, sulla base di un preciso accordo evidentemente finalizzato ad aumentare le loro possibilità di aggiudicazione dei vari lotti, in modo da superare il limite massimo di due lotti per ciascun partecipante previsto dal bando. In questo modo – prospetta in tesi la ricorrente - i tre concorrenti si sarebbero aggiudicati

complessivamente cinque lotti. I tre concorrenti, dunque, costituirebbero, a dire della ricorrente, un'unità decisionale mercé il collegamento sostanziale tra gli stessi nonché la formulazione di offerte in modo non autonomo, evidenziati dai seguenti indici rivelatori: ripartizione delle offerte in lotti diversi; contemporanea consegna dei plichi contenenti le offerte; delega a rappresentare le diverse società ad un'unica persona; identiche offerte tecniche; identici sub-fornitori; identici ribassi nelle offerte economiche sulle misure di accompagnamento; identica giustificazione dell'offerta anomala. Tale comportamento concreterebbe la violazione sia dell'art. 38, comma 1 lett. m *quater* e comma 2, del codice dei contratti pubblici, sia delle *lex specialis*, in considerazione dell'avvenuta elusione, mediante il comprovato accordo, del limite di aggiudicazione posto dalle regole di gara. Sia l'amministrazione resistente che le controinteressate hanno sostenuto l'infondatezza del motivo sulla base dell'assunto che l'art. 38, comma 1 lettera m *quater* non sarebbe applicabile in caso di partecipazione a gare diverse, quali sarebbero da qualificare gli 8 lotti, nei quali l'importo complessivo della gara è stato suddiviso.

In sostanza, poiché ciascun lotto costituisce una gara autonoma e ognuna delle tre controinteressate, RTI B.F., S. e RTI A. F., ha presentato la propria offerte in lotti distinti, risulterebbe inapplicabile l'art. 38, comma 1 lett. m *quater*, del codice dei contratti, il quale presuppone che il medesimo centro decisionale sia da rinvenirsi nell'ambito della stessa "procedura di affidamento". Non vi sarebbe, inoltre, violazione della *lex specialis* poiché tra le tre controinteressate non sarebbe rinvenibile alcun rapporto di collegamento sostanziale né esse avrebbero violato il divieto di partecipazione in forme diverse alle gare per i vari lotti.

Il motivo non può essere accolto.

Va, preliminarmente, rilevato che in giurisprudenza si registra un contrasto di posizioni in relazione alla specifica questione se la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*, del codice dei contratti (a norma del quale sono esclusi dalle procedure di gara i soggetti che "*si trovino, 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*") possa essere o meno applicata nel caso di partecipazione a lotti diversi, nel caso in cui vi sia il limite dell'aggiudicazione di un certo numero di lotti. Piuttosto consolidato è l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-*quater*, del D.Lgs. n. 163 del 2006 non trova applicazione alle offerte presentate, da imprese asseritamente riconducibili ad un unico centro decisionale, in appalti riferiti ad aggiudicazioni in lotti diversi, anche in presenza di clausole di bando che non consentano l'aggiudicazione di uno o più lotti allo stesso concorrente (v. T.A.R. Lazio Roma Sez. II, Sent., 08/05/2014, n. 4810; Tar Liguria, 29 agosto 2014 n. 1322; Tar Lazio, III ter, n. 3256/2015; Cons. Stato Sez. VI Sent., 27-02-2008, n. 726).

In questi termini si è espressa anche l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, nel parere di precontenzioso n. 69 del 3 maggio 2012, ai sensi del quale è stato ritenuto in contrasto con le prescrizioni del D.Lgs. n. 163 del 2006, ivi compreso l'art. 38, comma 1, lettera m *quater*, con i principi di ragionevolezza e parità di trattamento, il previsto limite massimo di lotti aggiudicabili alle imprese collegate, affermando che le imprese controllate o collegate ex art.

2359 c.c. , dotate di propria personalità giuridica ed in possesso di adeguata capacità tecnica, economica e patrimoniale, se partecipano a lotti distinti e, quindi, concorrono all'affidamento di contratti diversi, possano aggiudicarsi ciascuna due lotti.

Non mancano, tuttavia, decisioni di segno contrario secondo le quali la norma in questione sarebbe applicabile in presenza di una clausola di bando che limita l'aggiudicazione di singoli lotti alla stessa impresa concorrente per tutti i lotti, in quanto in questo caso: *“il reciproco condizionamento dei lotti, sub specie di aggiudicazione del solo lotto di importo più elevato, in caso di presentazione di offerte per più di un lotto, dimostra che si tratta di una gara sostanzialmente unica e non di molteplici gare impermeabili l'una rispetto alle altre”* (Cons. Stato Sez. V, 16.2.2009, n. 848, resa tuttavia in una fattispecie in cui veniva in esame la precedente versione della norma contenuta nell'art. articolo 34 del decreto legislativo n. 163 . v. inoltre Tar Umbria, sent. n. 96 del 2012). La differenza tra le due impostazioni ermeneutiche dell'art. 38 cit. poggia tutta sulla questione di come qualificare la nozione di *“medesima procedura di affidamento”*, cui la norma fa riferimento. In sostanza, il problema che si pone è se l'esistenza di forme di interferenza reciproca tra i vari lotti *sub specie* del divieto di aggiudicazione di uno o più lotti ad una stessa impresa possa o meno incidere sulla qualificazione della procedura come unica o come molteplice ai fini dell'applicazione della citata lettera *m quater* dell'art. 38.

A tal fine, appare essenziale ricercare la *ratio* cui l'art. 38 *m-quater* si ispira, che è appunto quella di *“garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale”* (così TAR Lazio, n. 4810/2014 cit.): si tratta cioè di accertare, caso per caso ed in concreto, quando la partecipazione plurima a ciascun lotto separato di altrettante imprese, in tesi riconducibili ad unico centro decisionale, sia suscettibile di arrecare un effettivo *vulnus* alla correttezza della competizione .

Al fine di effettuare tale disamina, appare opportuno brevemente ricordare la genesi della norma in questione. Essa è stata inserita nel Codice dei Contratti Pubblici - con l' art. 3, comma 1, D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166 - al fine di adeguare la normativa nazionale ai principi comunitari. La Corte di Giustizia, Sez. IV, 19 maggio 2009 in causa C-538/07, Assitur, ha ritenuto, infatti, che il diritto comunitario osti a disposizioni nazionali le quali, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabiliscano un divieto assoluto ed automatico, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto. In particolare, la Corte ha ritenuto non conforme al diritto comunitario il previgente art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 163 del 2006, il quale prevedeva l'esclusione dalle gare dei concorrenti che si fossero trovati fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. , senza possibilità per gli stessi di dimostrare che tale rapporto non aveva influenzato il loro comportamento nella procedura di gara, affermando che se, in linea generale, l'esclusione dei soggetti che si trovano in una situazione tale da alterare la concorrenza non è contraria al diritto comunitario, tuttavia la sanzione dell'esclusione automatica non è proporzionata allo scopo.

Ha rilevato, inoltre, la Corte di Giustizia che l'estensione del divieto di partecipazione a una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluente sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza e si pone in contrasto con il principio di proporzionalità nella parte in cui non consente alle imprese in posizione di controllo la possibilità di dimostrare l'assenza, in concreto, di pratiche idonee a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

A seguito dell'introduzione, nel Codice dei Contratti, della lettera m *quater* dell'art. 38, nelle ipotesi di controllo o di collegamento ex art. 2359 c.c., non è quindi più consentita l'esclusione automatica delle imprese che concorrono al medesimo affidamento essendo la stazione appaltante tenuta a verificare, caso per caso, se sussista in concreto un condizionamento di un'impresa su un'altra nella formulazione dell'offerta, attivando, a tal fine, un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate. Appare pertanto evidente, come sottolineato dalla citata sentenza del TAR Lazio T.A.R. Lazio Roma Sez. II, Sent., 08/05/2014, n. 4810, che la previsione della necessità di procedere al controllo, caso per caso ed in concreto, attraverso la verifica dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, dell'effettività della lesione del confronto concorrenziale e della leale competizione, rivela la stretta finalizzazione della previsione dell'esclusione del concorrente solo in caso di riscontrata effettività della lesione del bene tutelato. È alla luce di tale principio di stretta interferenza tra la lesione della concorrenza e la sanzione escludente, dunque, che deve essere risolta la questione all'esame del collegio circa la definizione della nozione di "medesima procedura di affidamento" contenuta nella norma in esame. Sul punto appare convincente la tesi esposta dalla citata sentenza del TAR Lazio n. 4810 del 2014, secondo la quale: *"se la ratio della norma in esame risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale, è evidente che la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale."* Negli stessi termini si è peraltro espresso anche il TAR Liguria nella sentenza n. 1322 del 2014, sostenendo che: *"Tale esigenza di tutela della libera concorrenza si può manifestare solo nell'ambito della medesima gara, essendo evidente che il pericolo di alterazione della genuinità del confronto non può sussistere nel caso in cui le imprese collegate partecipino, anche mediante offerte effettivamente concordate e riconducibili ad un unico centro decisionale, a gare distinte."*

In conclusione, può affermarsi che la *ratio* della norma esclude che possa assumere rilievo la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate da imprese collegate o controllate o in una relazione di mero fatto laddove le stesse partecipino a gare distinte, essendo in tal caso irrilevante, ai fini del rispetto delle regole che presiedono alle gare pubbliche, l'eventuale imputabilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale e del condizionamento che la stessa presuppone. Ad avvalorare tale conclusione deve rilevarsi

come l'incidenza della situazione di controllo tra imprese venga dalla stessa Corte di Giustizia, nella citata sentenza 19 maggio 2009 in causa C-538/07, Assitur, ricondotta all'ipotesi della loro partecipazione in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, nel cui ambito deve essere assicurato il più ampio e trasparente confronto concorrenziale. L'unico punto ancora da approfondire, tuttavia, è se – in concreto e dunque con riferimento alla specifica gara in esame – la previsione di un reciproco condizionamento tra le aggiudicazioni dei vari lotti, nel senso del divieto di aggiudicazione di più di un certo numero di lotti alla stessa impresa (nel caso di specie due), possa essere considerata indicativa della esistenza di quella “*medesima procedura di affidamento*”, nell’ambito della quale l’art. 38, comma 1, lett. m-*quater* risulta applicabile, e se comunque in un tale contesto l’esistenza di un eventuale unico centro decisionale possa in qualche modo incidere sul corretto svolgimento del confronto concorrenziale. Infatti, nel caso in esame è indubbio che, per tutti gli altri aspetti, le procedure di gara dei singoli lotti risultino assolutamente autonome tra loro, essendo prevista: la presentazione di tante e distinte cauzioni quanti sono i lotti cui si intende partecipare; e la necessità di dimostrare di possedere una struttura adeguata all’espletamento del servizio per tutti i lotti di cui si presenta l’offerta (cfr. punto 13 del disciplinare); la necessità di possedere requisiti oggettivi di capacità economica e finanziaria parametrati al valore finanziario di ciascun lotto (cfr. al punto 11 del disciplinare); la necessità di presentare distinte offerte tecniche per ciascun lotto (punto 19 del disciplinare); l’attribuzione di un distinto Codice identificativo di gara (CIG) per ciascun lotto; la formazione di distinte graduatorie per ogni lotto; la stipula di diversi contratti per ciascun lotto.

Si tratta di tutti profili indicativi in modo inequivoco – come peraltro confermato da consolidata giurisprudenza – dell’autonomia dei singoli lotti. Ad avviso del collegio, la previsione da parte del disciplinare del divieto di aggiudicazione di più di due lotti allo stesso concorrente, e il correlato obbligo di presentarsi sempre nella medesima forma, non comporta il venir meno della autonomia di ciascuna procedura concorrenziale volta all’affidamento del singolo lotto, in quanto detta prescrizione del disciplinare incide solo *ex post*, dopo la redazione delle distinte graduatorie, al fine di individuare gli aggiudicatari dei singoli lotti, eventualmente limitando ai due lotti di maggior valore le aggiudicazioni ed effettuando lo scorrimento della graduatoria (cfr. punto 13, comma 6 del disciplinare). Va inoltre rilevato che lo stesso Disciplinare, a pag. 9, offre un argomento testuale a conferma di questa conclusione laddove prevede: “E’ fatto divieto ai concorrenti di partecipare ad uno a stessa gara (lotto) in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara (lotto) anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima (lotto medesimo) in raggruppamento o consorzio ordinario concorrenti”. Appare dunque chiaro che lo stesso Disciplinare qualifichi il singolo lotto come gara autonoma e separata. Né l’autonomia delle varie procedure di affidamento nell’ambito dei singoli lotti può essere messa in discussione per la circostanza che vi siano profili unitari nella procedura, quali la previsione di una verifica complessiva sullo svolgimento del programma, l’unicità dello schema di monitoraggio (Annual Monitoring Report) per tutti i lotti, la circostanza che gli Audit della Commissione Europea siano sempre stati realizzati al fine di verificare l’attuazione dell’intero programma ecc. Si tratta, infatti, di circostanze che non incidono sulla autonomia delle procedure di aggiudicazione dei singoli lotti e che trovano la loro evidente spiegazione nella natura unitaria

del Programma “Frutta delle scuole”, nell’ambito del quale le aggiudicazioni dei vari lotti si svolgono. Pertanto, atteso che il procedimento in questione era suddiviso in lotti distinti, ognuno dei quali configurava sostanzialmente un’autonoma procedura concorrenziale, e considerando che RTI B.F., S. e RTI A.F. (le cui offerte sarebbero in ipotesi riconducibili ad un unico centro decisionale) non hanno partecipato contestualmente agli stessi lotti, non può trovare applicazione la fattispecie escludente prevista dall’art. 38, comma 1, lett. *m-quater*, del codice dei contratti pubblici.

Deve affermarsi, dunque, il principio per cui il presupposto di tale disposizione è costituito dalla contemporanea partecipazione di imprese in situazione di controllo o in relazione di fatto tale da determinare l’unicità del centro decisionale alla medesima procedura di affidamento, *rectius* al medesimo lotto, al fine di condizionare la regolarità del confronto concorrenziale all’interno della gara.

[*omissis*]

In conclusione, il ricorso impugnatorio e i relativi motivi aggiunti sono infondati e vanno, perciò respinti, così come va respinta la domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo a favore di tutte le parti costituite. Nulla spese nei confronti della società Cdp Srl, non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, li respinge entrambi. Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali sostenute dal Ministero ... e da Società S.F.&F. Spa, Società Cof C.O.F. Srl Società Cooperativa A.F. Società e Cooperativa Consorzio O.P., che liquida in mille euro ciascuna, per complessivi euro 5.000,00 oltre oneri di legge. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

BREVI ANNOTAZIONI

OGGETTO DELLA SENTENZA

La sentenza in commento esamina, con una attenta ricostruzione storica, la fattispecie escludente prevista dall'art. 38, comma 1, lett. *m-quater* del Codice dei contratti pubblici in caso di presentazione, nell'ambito della medesima procedura di gara, di offerte che, pur provenendo da operatori formalmente diversi, possano essere ricondotte al medesimo centro decisionale in virtù di rapporti di collegamento o controllo che legano gli stessi operatori partecipanti. Trattasi di imprese sostanzialmente collegate ai sensi dell'art. 2350 Codice civile.

Come compiuto dal Tar con la sentenza in commento, ai fini di una corretta applicazione della norma citata, è necessario soffermarsi sul concetto di "medesima gara" e, prima, sulla attuale ratio di tale divieto anche alla luce delle modifiche legislative e degli interventi del Giudice europeo intervenuti fino ad oggi.

PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia del Tar Lazio origina dal ricorso avanzato da parte della seconda (e, per un lotto, terza) classificata ad una procedura di gara indetta per la realizzazione di programmi di fornitura e distribuzione di prodotti ortofrutticoli, e di iniziative di sensibilizzazione ed informazione degli allievi degli istituti scolastici di primo grado italiani per l'imminente anno accademico. La procedura di affidamento veniva suddivisa in otto lotti, nel rispetto del nuovo comma 1-*bis* dell'articolo 2 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 così come modificato dal D.L. 6 dicembre 2011, n. 201. La *lex specialis*, inoltre, prevedeva la possibilità per ciascun concorrente di aggiudicarsi al massimo n. 2 lotti, da scegliersi in caso di aggiudicazione di più lotti, tra quelli di maggior valore e che il soggetto che intendesse partecipare a più lotti dovesse sempre presentarsi nella medesima forma e, in caso di raggruppamento temporaneo o consorzio, sempre nella medesima composizione.

La ricorrente, classificatasi in graduatoria rispettivamente seconda per i lotti n. 2 e 5, e terza nei lotti 3, 4, 6, 7, 8, proponeva ricorso al fine di veder, in via principale, annullate le aggiudicazioni dei lotti n. 2, 5 e 7, chiedendo di subentrare come aggiudicataria e, in via subordinata, dichiarata l'inefficacia degli eventuali contratti *medio tempore* stipulati, nonché in via gradata di tutti gli atti della procedura di evidenza pubblica, deducendo tra i motivi di maggior rilievo la violazione dell'articolo 38 co. 1 lettera *m-quater* del Codice dei contratti pubblici.

Secondo quanto affermato dalla ricorrente, la norma appena richiamata escluderebbe che soggetti che si trovino in relazione di collegamento o controllo ai sensi dell'articolo 2359 codice civile possano partecipare alla medesima procedura di affidamento, in quanto costituenti un unico centro decisionale.

Infatti, sempre secondo la ricorrente, le tre aggiudicatarie avrebbero costituito proprio un'unica

unità decisionale, ledendo in tal modo la regolarità della gara. In particolare, il collegamento sostanziale nonché la formulazione delle offerte in modo non autonomo poteva evincersi dai seguenti indici rivelatori: ripartizione delle offerte in lotti diversi; identici sub-fornitori; identici ribassi nelle offerte economiche sulle misure di accompagnamento; identica giustificazione della offerta anomala.

L'opposta tesi della amministrazione resistente si fondava invece sull'assunto che la previsione contenuta alla lett. m-*quater* dell'art. 38 “*non sarebbe applicabile in caso di partecipazione a gare diverse, quali sarebbero da qualificare gli otto lotti, nei quali l'importo complessivo delle gare è stato suddiviso*”.

Il Tar Lazio, al fine del corretto inquadramento della questione sottoposta hanno ritenuto di qualificare, in primo luogo, la nozione di “*medesima procedura di affidamento*”. Del resto, come è agevole intuire, sarà proprio da tale distinzione che potrà esercitarsi il *discrimen* tra le opposte interpretazioni emerse in giurisprudenza.

A tale fine, i giudici si soffermano sulla *ratio* dell'articolo 38, comma 1, lett. m-*quater*, rilevando la stretta finalizzazione tra la previsione escludente e la garanzia della correttezza della procedura. La norma, infatti, impone di accertare caso per caso ed in concreto quando la partecipazione plurima a ciascun lotto separato di altrettante imprese, anche se queste siano effettivamente riconducibili ad un unico centro decisionale, sia suscettibile di arrecare un effettivo *vulnus* alla correttezza della competizione. La *ratio* della norma risiede proprio nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra operatori economici tramite l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto non soltanto espressione di un unico centro decisionale ma anche idonee a condizionare il confronto concorrenziale. È evidente come **la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte possa assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte a falsare la concorrenza e ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara. Infatti, è solo in tali casi che le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente risultano idonee a falsificare il confronto concorrenziale.**

In conclusione, può affermarsi che la *ratio* della norma esclude che possa assumere rilievo la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate da imprese collegate laddove partecipino a gare distinte, essendo in tal caso irrilevante ai fini di un corretto svolgimento della gara, l'eventuale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

Pertanto, secondo il Tar, atteso che il procedimento oggetto del contenzioso era suddiviso in ben otto lotti distinti, ognuno dei quali configurava sostanzialmente un'autonoma procedura concorrenziale, e considerando altresì che i tre aggiudicatari non hanno partecipato contestualmente agli stessi lotti, non può trovare applicazione la fattispecie escludente prevista dall'art. 38, comma 1, lett. m-*quater*, del codice dei contratti pubblici. Il TAR in definitiva ha affermato, dunque, il principio per cui il presupposto di tale disposizione normativa è costituito dalla contestuale partecipazione di imprese in situazione descritta all'articolo 2359 codice civile alla medesima procedura di affidamento,

intesa quale medesimo lotto.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in esame fornisce argomentazioni a sostegno della tesi secondo la quale la fattispecie escludente di cui all'articolo 38 sopra richiamato non trova applicazione alle offerte presentate da imprese in situazione di controllo o collegamento – le cui offerte siano pertanto riconducibili ad un unico centro decisionale – in appalti riferiti ad aggiudicazioni in lotti diversi, sebbene lo stesso bando vieti la aggiudicazione di più lotti allo stesso concorrente (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 maggio 2014, n. 4810; TAR Liguria, 29 agosto 2014, n. 1322; TAR Lazio, III^{ter}, n. 3256/2015; Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 726). Negli stessi termini, come riporta la sentenza, si è espressa anche la *“Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, nel parere di precontenzioso n. 69 del 3 maggio 2012, ai sensi del quale è stato ritenuto in contrasto con le prescrizioni del D.Lgs. n. 163 del 2006, ivi compreso l'art. 38, comma 1, lettera m quater, con i principi di ragionevolezza e parità di trattamento, il previsto limite massimo di lotti aggiudicabili alle imprese collegate, affermando che le imprese controllate o collegate ex art. 2359 c.c., dotate di propria personalità giuridica ed in possesso di adeguata capacità tecnica, economica e patrimoniale, se partecipano a lotti distinti e, quindi, concorrono all'affidamento di contratti diversi, possano aggiudicarsi ciascuna due lotti”*.

Seppure tale primo indirizzo appaia piuttosto consolidato, non mancano in giurisprudenza orientamenti di segno opposto. Altri infatti ritengono la norma applicabile in presenza di una clausola di bando che limita l'aggiudicazione di singoli lotti alla stessa impresa concorrente per tutti i lotti, in quanto in questo caso: *“il reciproco condizionamento dei lotti, sub specie di aggiudicazione del solo lotto di importo più elevato, in caso di presentazione di offerte per più di un lotto, dimostra che si tratta di una gara sostanzialmente unica e non di molteplici gare impermeabili l'una rispetto alle altre”* (Cons. Stato Sez. V, 16.2.2009, n. 848; Tar Umbria, sent. n. 96 del 2012).

La differenza tra le due impostazioni ermeneutiche impone a monte la qualificazione della nozione di *“medesima procedura di affidamento”* richiamata dalla norma. In sostanza, il problema che si pone è se l'esistenza di forme di interferenza reciproca tra i vari lotti *sub specie* del divieto di aggiudicazione di uno o più lotti ad una stessa impresa sia idonea ad incidere sulla qualificazione della procedura come unica o come molteplice ai fini dell'applicazione della citata lettera *m quater* dell'art. 38. Per cogliere a pieno il significato della nozione sopra richiamata, la sentenza in rassegna richiama una pregressa giurisprudenza che analizza proprio la *ratio* dell'articolo 38 co. 1 lett. *m-quater*, riscontrandola nella esigenza di garantire una la un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici limitando la partecipazione di quelle imprese in collegamento tra loro, affinché le offerte non si rivelino espressione di un unico centro decisionale e che quindi la concorrenza non debba soffrirne (TAR Lazio n. 4810 del 201). Sul punto la giurisprudenza chiarisce altresì che la tutela della concorrenza, presidiata dalla norma, viene lesa solo laddove *“le offerte, provenienti da*

un unico centro decisionale, siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale.", intendendosi per medesima gara proprio il singolo lotto. Il Tar Liguria infatti chiarisce che è *"evidente che il pericolo di alterazione della genuinità del confronto non può sussistere nel caso in cui le imprese collegate partecipino, anche mediante offerte effettivamente concordate e riconducibili ad un unico centro decisionale, a gare distinte"* (TAR Liguria nella sentenza n. 1322 del 2014).

Quanto finora osservato non fa che avvalorare la tesi secondo cui è opportuno stabilire caso per caso, ed in concreto, se le offerte provenienti da più operatori economici riconducibili ad un solo centro decisionale, siano effettivamente idonee a condizionare la regolarità della gara. Tale tesi rinviene le proprie basi nella genesi della fattispecie escludente, inserita nel Codice dei contratti pubblici con l'articolo 3 comma primo del D.L. 25 settembre 2009, n. 135 al fine di adeguare la normativa interna ai principi comunitari. La Corte di Giustizia, già da tempo, riteneva in conflitto col diritto comunitario ogni norma contenente un divieto assoluto ed automatico di partecipazione simultanea e concorrente ad una medesima gara di appalto, a carico delle imprese in rapporto di controllo o collegamento (cfr. Corte di Giustizia, Sez. IV, 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur). L'introduzione del nuovo articolo 38, comma 1, lett. m-*quater*, Codice degli appalti si configura in linea coi principi comunitari espressi dalla Corte europea, giusta la quale non si può dar luogo ad automatiche esclusioni senza ledere il principio di proporzionalità, che impone invece una valutazione in concreto caso per caso. Proprio in ragione di tali principi espressi dalla Corte, la nuova norma va letta alla luce di un orientamento comunitario che, attesa la stretta finalizzazione della fattispecie escludente al solo caso di riscontrata ed effettiva lesione della concorrenza, impone una verifica caso per caso della esistenza di un condizionamento di un'impresa sull'altra nel formulare la propria offerta, attivando un subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate.

In conclusione, proprio in ragione della *ratio* dell'articolo 38 fin qui esaminata, è ragionevole aderire alla tesi del Tar Lazio, secondo cui atteso che *"la ratio della norma in esame risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale, è evidente che la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale"* (TAR Lazio n. 4810 del 2014).

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Caringella, M. Giustiniani, *Codice dei Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2015;

- F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale di Diritto Amministrativo, IV. I Contratti Pubblici, Ed. Dike, 2014;*