

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 8127 del 1° settembre 2023

Appalti di servizi – Limitazione numero di lotti aggiudicabili – Scelta discrezionale SA – Nuovo
Codice appalti – Ragioni specifiche – Difficoltà applicative

Pubblicato il 01/09/2023

N. 08127/2023REG.PROV.COLL.

N. 00110/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 110 del 2023, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 816462098F, 816463993D, 8164655672,8164660A91, 8164661B64, 8164669201, 8164674620, 8164682CB8,8164686009, 81646924FB, 81646946A1, 8164701C66, 8164705FB2,81647114A9, 81647157F5, 8164719B41, 8164723E8D, 816472610B,81647347A3, 8164738AEF, 8164742E3B, 81647450B9, 81647515AB,81647558F7, 8164760D16, 8164763F8F, 8164769486, 81647748A5,8164780D97, 8164787361, 81647905DA, 81647916AD, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

contro

(...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Ministero (...), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

(...) s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (...);

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

(...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

(...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

***della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio –
Roma, sez.II, n. 16113/2022, resa tra le parti***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.a., del Ministero (...), di (...) s.c.p.a., di (...) S.r.l., di (...) S.p.a., di (...) S.p.A. e di (...) S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 119, co. 5, oppure gli artt. 119, co. 5, e 120, co. 3 e 11, cod. proc.amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati (...), dello stato (...), (...), (...), (...), (...) su delega di (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando pubblicato in data 14 gennaio 2020, (...) s.p.a. indiceva una procedura evidenziale preordinata all'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità-prezzo, dei servizi di vigilanza armata per il Ministero (...).

La gara era suddivisa in trentaquattro lotti, corrispondenti al territorio geografico delle principali province italiane, in ordine ai quali il disciplinare prevedeva, al § 3.1:

a) che – in caso di partecipazione a più lotti – ciascun concorrente avrebbe potuto presentare offerta, ai sensi dell'art. 51, comma 2 del d. lgs. n. 50/2016, per un numero massimo di tredici di essi;

b) che, in tal caso, il valore dei lotti non avrebbe potuto superare il 40% del valore della gara, in conformità ad apposita tabella;

c) che – in caso di partecipazione ad un *numero* (o per un complessivo *valore*) di lotti superiore a quello consentito, l'offerta sarebbe stata acquisita con riferimento ai lotti che, in valore e numero, avessero rispettato i ridetti criteri, sulla base di un ordine decrescente espressamente prefigurato.

2.- Con apposito chiarimento (n. 89), la stazione appaltante puntualizzava (a riscontro del quesito “*se il vincolo (max 13 lotti o max 40% del valore di gara) [dovesse] applicarsi alla singola impresa partecipante o complessivamente a tutte le imprese/ società facenti parte del medesimo gruppo ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile*”) che “*il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non [avrebbe comportato] il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta*”, di tal che “*le imprese controllate o collegate ex art. 2359 c.c., in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, [avrebbero potuto] partecipare ed aggiudicarsi [,] ciascuna, più lotti, nel rispetto del vincolo di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara*”.

3.- Alla gara partecipava (presentando un'offerta per i lotti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 7,8, 11,

14, 15, 20, 22 e 26) (...) s.p.a., concorrendo con (...) S.p.A. (che concorrevva per i lotti nn. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 13, 30, 32, 33 e 34), (...) S.p.A. (per i lotti nn. 5, 9, 14, 15, 21, 22, 23, 24, 25, (...) S.r.l. (per i lotti nn. 12, 16, 17, 18, 19, 20) e (...) S.r.l. (per i lotti nn. 26, 27, 28, 29).

Concluse le attività di valutazione delle offerte pervenute, la stazione appaltante procedeva all'aggiudicazione di alcuni lotti (segnatamente, dei nn.1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 30, 31, 32, 33 e 34: dei quali, in particolare, i lotti nn. 1, 2, 3, 4, 32, 33 e 34 a favore di (...) S.p.a.), nessuno dei quali a favore dell'appellante (...): la quale, peraltro, risultava collocata, sulla scorta dei punteggi comunicati, al secondo posto in graduatoria relativamente ai lotti nn. 14 e 26, per i quali risultavano prime graduate, rispettivamente, (...) S.p.A. e (...) S.r.l. (ora (...) S.r.l.).

4.- Attivatasi per acquisire, a fini conoscitivi, la documentazione di gara, l'appellante veniva a conoscenza del fatto che le società indicate costituivano, di fatto, un *unico gruppo societario*, essendo tutte controllate dalla (...) S.p.A., ed opinava, sulla base degli elementi acquisiti ed in ragione di plurimi elementi asseritamente convergenti sotto il profilo indiziario, che le relative offerte fossero, di conserva, rinvenienti da un unitario centro decisionale: di guisa che – pur avendo, nel formale rispetto delle vincolanti prescrizioni disciplinari, ciascuna società presentato offerta per un numero di lotti inferiore a tredici ed aventi un valore complessivo inferiore al 40% di quello oggetto di gara – il ridetto centro decisionale risultava, *di fatto ed in sostanza*, aver concorso per un numero di lotti pari a trentadue (sui trentaquattro complessivi) e per un valore ampiamente superiore a quello *ne ultra quem*.

5.- Sull'assunto che il comportamento di (...) avesse complessivamente falsato gli esiti della gara (incidendo, tra l'altro – a valle della attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche in conformità al prefigurato metodo del c.d. confronto a coppie – sulla formazione delle graduatorie cui avevano partecipato gli operatori in concorso) e valutando che l'ipotetica estromissione di (...) S.p.A., (...) S.p.A., (...)

S.r.l. e (...) S.r.l. avrebbe determinato, per ciascuno di tali lotti, una sorte alternativa e prospetticamente favorevole della gara, (...) ne impugnava gli esiti con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio, affidato a due motivi di doglianza, con i quali complessivamente lamentava:

- a) la violazione del vincolo di partecipazione previsto dall'art. 3.1. del Disciplinare, in attuazione del disposto dell'art. 51, comma 2, del Codice dei contratti pubblici;
- b) l'illegittimità dell'art. 3.1. del ridetto disciplina, per la denegata ipotesi in cui esso fosse interpretato nel senso che il vincolo non si applicasse alle società che fanno capo ad un centro decisionale unitario.

6.- Nella resistenza della stazione appaltante e delle società controinteressate, con sentenza n. 16113/2022 il TAR respingeva il ricorso.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito (...) impugna la ridetta statuizione, di cui lamenta – reiterando le disattese ragioni di doglianza – la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si sono costituite, in resistenza, oltre a (...) S.p.a. e al Ministero (...), (...) s.c.p.a., (...) S.r.l., (...) S.p.a., (...) S.p.A. e (...) S.p.a..

Alla pubblica udienza dell'11 maggio 2023, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti, la causa veniva trattenuta in decisione e definitiva come da separato dispositivo.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e merita di essere respinto.

2.- Importa rammentare che, con la sentenza impugnata, il TAR ha respinto il primo motivo del ricorso di prime cure, sul complessivo ed argomentato assunto:

- a) che le censure formulate muovessero dall'erroneo presupposto della postulata unicità della gara, la quale – per contro – era stata strutturata come “*un insieme di diversi iter [recte: itinera] concorsuali – uno per ogni singolo lotto*”;
- b) che, per tal via, avrebbe dovuto “*in radice*” escludersi che le rappresentate “*situazioni di collegamento/controllo*” potessero aver attivato, di là della loro reale

consistenza, la preclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. *m*) del d.lgs. n.50/2016, avendo le offerte “operato in diversi contesti concorsuali non vicendevolmente contaminabili nell'ottica di una eventuale turbativa delle rispettive procedure e graduatorie e dei conseguenti separati provvedimenti di aggiudicazione”;

c) che, con più lungo discorso, “l'obiettivo di evitare che il confronto concorrenziale [potesse] essere falsato da offerte non formulate in maniera autonoma” non potesse, nella specie, ritenersi frustrato, “non incidendo la scelta di ciascuna impresa di partecipare a lotti diversi [...] sulle rispettive dinamiche concorsuali e sulle concrete opportunità di aggiudicazione e non determinando l'impermeabilità delle graduatorie di ciascuna procedura alcun vantaggio competitivo, mediante un ampliamento della possibilità di aggiudicazione, all'impresa (in tesi) collegata, [...] opera[n]te in un contesto concorsuale del tutto distinto”;

d) che, in definitiva, l'unicità del centro decisionale avrebbe legittimato l'esclusione delle imprese ad esso appartenenti solo in caso di procedura unica (*quod*, appunto, *non*), posto che “solo in presenza di tale circostanza [...] [avrebbe potuto] ravvisarsi la lesione del principio della concorrenza, in ragione di un potenziale condizionamento dell'esito della procedura medesima”;

e) che nessun rilievo potesse avere, in diversa direzione, la previsione nella *lex specialis* del limite di partecipazione: e ciò alla luce dell'orientamento (“consolidato”) per cui non sarebbe “mai possibile inferire dall'introduzione del limite di aggiudicazione dei lotti per ciascun offerente un divieto di partecipazione a lotti diversi da parte di imprese in situazione di collegamento” (richiamandosi in tali sensi, tra le pronunce più recenti, Cons. Stato, sez. V, n. 2350/2021 e, in senso conforme, Id., n. 4726/2022)”;

f) che, al postutto, nel chiarimento n. 89 la stessa (...) aveva specificato che il vincolo di aggiudicazione “dovesse applicarsi alle imprese singole e non complessivamente a tutte le società facenti parte del medesimo gruppo ai sensi dell'art. 2359c.c.”.

2.1.- L'appellante imputa alla decisione di partire da due presupposti fallaci:

a) aver, sotto un primo profilo, erroneamente acquisito le proprie ragioni di doglianza come se fossero incentrate sul (non contestato) assunto del carattere

pluristrutturato della gara suddivisa in lotti;

b) avere, sotto un secondo profilo, valorizzato la logica (in realtà non pertinente) della unicità del centro decisionale, costituente causa di esclusione *ex art. art. 80, comma 5, lett. m)*, del Codice dei contratti pubblici (laddove, all'incontro, la questione atteneva alla corretta interpretazione dell'art. 51, che avrebbe dovuto essere interpretato nel senso che il limite posto dalla *lex specialis* nella aggiudicazione di lotti plurimi dovesse trovare applicazione nei confronti di operatori economici, che pur essendo soggetti giuridici formalmente distinti, si trovassero in una relazione di controllo e di collegamento, sì che, in definitiva, il vincolo alla partecipazione o all'aggiudicazione di più lotti dovesse complessivamente riferirsi a tutte le società controllate, al fine di evitare il consolidarsi sul mercato di posizioni di forza in capo a grandi *player*, tale da minare *in radice* la dinamicità del mercato e, in ultima analisi, l'interesse pubblico).

3.- Orbene, come è noto, il corretto intendimento delle modalità operative del c.d. vincolo di aggiudicazione, previsto dall'art. 51, comma del d. lgs. n.50/2016 (ed oggi – nei più articolati sollecitati proprio dalla acquisizione degli orientamenti giurisprudenziali – dall'art. 58 del d. lgs. n. 58/2023, peraltro inapplicabile *ratione temporis* ancorché non abusivamente utile, come si dirà, in una complessiva prospettiva esegetica) ha dato luogo ad interpretazioni non (del tutto) omogenee.

Così, accanto ad una prima (e più risalente) opzione – peraltro, valorizzata dal primo giudice – secondo cui dalla introduzione, nel corpo della *lex specialis*, di un (discrezionale) limite di aggiudicazione dei lotti oggetto di divisato affidamento, non sarebbe *in ogni caso* lecito inferire un gravatorio divieto di partecipazione a lotti diversi da parte di imprese in situazione di collegamento, un più recente orientamento (inaugurato, tra le altre, da Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481 e, ancora da ultimo, ribadito, negli esatti termini, da Id., 21 gennaio 2022, n. 383), ha inteso riflettere, con più rigoroso esito, sulla premessa per cui la *ratio* dell'imposizione del *limite di aggiudicazione dei lotti* è quella di favorire la massima

partecipazione possibile da parte delle piccole e medie imprese, sicché esso costituisce senz'altro uno *strumento proconcorrenziale*, conforme alle previsioni dell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, rimesso alla scelta discrezionale della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, III,18 gennaio 2021, n. 518).

In tale prospettiva, la logica che sorregge – in un contesto evidenziale programmaticamente strutturato, ai sensi del comma 1 dell'art. 51 del d. lgs. cit., dalla (mera) suddivisione dell'appalto in lotti (funzionali o prestazionali) – 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.

Si dovrebbe, allora, adeguatamente rimarcare che, laddove la suddivisione in lotti rappresenta, in quanto tale, una opzione *regolare ed ordinaria*, come tale connotata da sindacabile *discrezionalità negativa* (al segno che l'art. 51, comma 1 cit. – dettato in recepimento dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 65 della direttiva 2014/25/UE, in conformità al criterio di delega di cui alle lettere *dd*) e *cc*) della l. n. 11/2016 – impone una congrua e circostanziata motivazione, nel corpo degli atti indittivi o nelle “*relazioni uniche*” di cui agli artt. 99 e 139, del mancato frazionamento: cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2017, n. 272; Id., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123; Id., sez. III,12/02/2020, n. 1076), il vincolo quantitativo di aggiudicazione (come, prima ancora, l'eventuale limitazione del numero di offerte proponibili in relazioni ai singoli lotti: cfr. art. 51, comma 2) postula solo – in funzione di trasparenza e parità di trattamento – la espressa formalizzazione in termini di *lex specialis* e la prefigurazione di “*regole o [...] criteri oggettivi e non discriminatori*” per l'affidamento selettivo.

In altri termini, laddove il frazionamento è, in via di principio e sia pure tendenzialmente doveroso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2020 n. 4361) – proprio perché mira ad incrementare il novero dei partecipanti alle gare, elidendo la naturale barriera del sovradimensionamento dei requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria per l'accesso al mercato: cfr. art. 30, comma 1 d. lgs. n. 50/2016 cit.) – 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.

Se è, perciò, 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 è parso 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) – abbia specificamente voluto, nei termini illustrati e come nella specie, *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 avvalesses di una pluralità di operatori economici.

Né si tratterebbe 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” (cfr. ancora Cons. Stato, sez. V, n. 6481/2021 cit.).

3.1.- Il maturato *revirement* è stato, più di recente, acquisito e, in certa misura, temperato dalla precisazione che – così come la *scelta*, nei chiariti sensi *discrezionale*, per la (vincolante) prefigurazione del vincolo è rimessa alla valutazione della stazione appaltante – anche la decisione di strutturarlo *in guisa più stringente* (riservandolo, *estensivamente*, anche alle società componenti di un unico gruppo od organizzazione societaria) spetti, in termini altrettanto *discrezionali*, alla medesima stazione appaltante.

In tale prospettiva, in definitiva, la questione sarebbe (sempre) rimessa alla previsione – necessariamente *espressa*, non potendosi desumere un vincolo *implicito* – della *lex specialis*.

3.2.- Il Collegio non ritiene di sottacere che – mentre la prima opzione, avallata dalla sentenza impugnata, deve considerarsi ormai senz’altro superata (se non altro perché, portata alle coerenti conseguenze, finisce per risolversi in un limite arbitrario e *privo di fondamento positivo* alla facoltà di strutturazione della legge di gara riconosciuta alla stazione appaltante) – la terza (e più recente) interpretazione non pare esente da qualche incoerenza: e ciò in quanto, mentre non è dubbio che l’opzione distributiva rappresenti, in sé, il plausibile esito di una valutazione discrezionale (proprio perché *non imposta*), la dequotazione della forza dei rapporti societari tra gli operatori concorrenti (che finisce per discendere dalla ritenuta *disponibilità* delle concrete modalità operative del vincolo quantitativo di aggiudicazione, in presenza di imprese facenti parte di gruppi unitariamente organizzati ed uniformemente diretti) si pone, in qualche misura, in contraddizione

con la logica distributiva, operante nella chiarita prospettiva *antitrust* (sì che la regola finisce per recare in se stessa, secondo le modalità della relativa formulazione, le possibilità di una sua concreta, e sia pure marginale, elusione).

Si vuol dire, con ciò, che – una volta che la stazione appaltante non si fosse limitata a stabilire di suddividere l'affidamento in una pluralità di lotti, ma abbia, nell'esercizio delle proprie più ampie facoltà programmatiche, inteso *limitare*, in qualunque misura, la possibilità di affidamenti *plurimi* e *cumulativi*, finirebbe per suonare alquanto distonico, e non privo di un tratto di elusività, legittimare forme di accaparramento dei lotti ad opera di grandi *player* di mercato e autorizzare, di fatto, il superamento dei limiti di affidamento tramite una studiata organizzazione degli assetti societari di gruppo.

3.3.- Sta di fatto, in ogni caso – e non è chi non veda come si tratti, nel delineato quadro esegetico, di circostanza di peso – che, sul piano positivo, è proprio questa la scelta emersa in sede di elaborazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d. lgs. n. 36/2023, che all'art. 58, comma 4 prevede oggi, con più articolata disposizione:

a) che la limitazione del “*numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente*” sia rimessa, quale mera *facoltà*, alla stazione appaltante, la quale, tuttavia, è, ove intenda esercitarla, tenuta a dare conto, nel corpo degli atti indittivi, della “*ragione specifica*” della scelta operata (una alla indicazione del criterio, non discriminatorio, di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente il limite fissato);

b) che, tra l'altro, la *giustificazione* debba trovare (non generico né vago) ancoraggio nelle concrete “*caratteristiche della gara*”, ovvero nella prospettiva del perseguimento della “*efficienza della prestazione*” (il che dà, in definitiva, corpo alla necessità di un *sufficientemente circostanziato* obbligo motivazionale, di cui non vi era traccia nella previgente disposizione);

c) che solo con *ulteriore* (ma parimenti *specifica* e *formalmente prefigurata*) opzione, la

stazione appaltante possa decidere di *estendere* il limite quantitativo “*a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile*” (dovendosi, per tal via, acquisire il silenzio, sul punto, degli atti di indizione quale espressivo di una volontà *negativa*: come, appunto, genericamente preconizzato dagli sviluppi esegetici di cui si è detto *supra*);

d) che, per giunta, la ridetta estensione (nel senso di un vincolo soggettivamente *aggravato*) debba trarre (*più specifica*) giustificazione in “*ragioni inerenti al [...] mercato*” (non essendo, per tal via, sufficiente la valorizzazione dell’*oggetto dell’appalto*, essendo necessario interrogare il contesto concorrenziale: in tal senso sembra doversi intendere, a dispetto della vistosa omissione, sul piano della interpunzione, di una necessaria virgola, il primo inciso del comma 4);

e) che – in prospettiva gradualistica – ed in (aggiuntiva) considerazione dell’*“elevato numero atteso dei concorrenti”* il vincolo di aggiudicazione (con marcata inversione rispetto alla soluzione desumibile dal codice previgente) possa essere integrato dal vincolo *di partecipazione* (con preventiva fissazione del numero massimo di lotti per i quali, prima ancora che concorrere alla aggiudicazione, sia possibile formulare l’offerta).

3.4.- Non compete al Collegio, naturalmente, indugiare sulla interpretazione della nuova disposizione (e su talune difficoltà che potrebbero emergere).

Va riconosciuto, d’altra parte, che i margini per una indicazione esegetica che, per quanto *in retrospettiva*, è possibile trarre dalla nuova codificazione (in sé verisimilmente e quanto meno in parte innovativa e, come tale, insuscettibile di immediata applicazione alle vicende procedurali attive prima della sua entrata in vigore, al 1° luglio 2023) sono, in principio e in varia direzione, opinabili.

Non è, tuttavia, lungo questo crinale che deve comporsi la lite.

3.5.- Vale, invero, rimarcare che – proprio in ragione delle rammentate e diffuse incertezze giurisprudenziali – (...) s.p.a. non aveva ommesso di riscontrare, come si è rammentato nella narrativa in fatto, un apposito quesito sul punto, *espressamente*

chiarendo il proprio intendimento nel senso della *esclusione* del vincolo di aggiudicazione aggravato.

Siffatta precisazione (sia pure fondata su argomento in sé erroneo: ma, trattandosi di *quaestio volutatis*, la circostanza non rileva, posto che *plus est in re quam in existimatione eius: arg. ex art. 1970 c.c.*) ha, all'evidenza, inciso sull'*affidamento* degli operatori economici, indotti alla formalizzazione delle proprie offerte ed alla elaborazione delle proprie ragionevoli aspettative di vantaggio proprio sulla scorta delle (autovincolanti) prescrizioni di gara.

Se ne trae, perciò, argomento nel senso che – ancorché non meriti di essere condiviso, per le vicende ancora regolate dall'art. 51, comma 3 d. lgs. n. 50/2016, l'intendimento di una (già) necessaria indicazione espressa *in re* della legge di gara, il cui silenzio debba per tal via intendersi *de plano* quale significativo di una *implicita opzione negativa*, così come vorrebbero le parti intimate – il principio di *affidamento*, correlato alla *precisione* del *chiarimento* reso dalla stazione appaltante risulta decisivo, *sul piano del fatto*, ai fini della esclusione, nella specie, del limite in danno delle società infragruppo.

Al qual fine – si deve soggiungere, avuto comprensivo riguardo alle ulteriori coloriture censorie – la questione della unicità del centro decisionale appare (come è chiaro già in Cons. Stato, sez. V, n. 6481/2021, che giova richiamare sul punto) del tutto irrilevante.

4.- È, allora, negli evidenziati sensi – i quali, implicando un apprezzamento di complessiva correttezza dell'operato della stazione appaltante, appaiono assorbenti di ogni altro rilievo – che l'appello deve essere, in definitiva, respinto, dovendosi con ciò confermare, sia pure con più articolata e dislocata motivazione, la decisione impugnata.

Sussistono i presupposti, avuto riguardo alle obiettive incertezze della materia del contendere, per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO