Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 1707 del 27 febbraio 2025

Appalti di servizi – Certificazione scaduta in corso di gara – Soccorso procedimentale – Ammesso solo se certificazione richiesta ai fini dell'attribuzione del punteggio

Pubblicato il 27/02/2025

N. 01707/2025REG.PROV.COLL.

N. 04076/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4076 del 2024, proposto dall' (…) s.p.a. (già (…)), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione prima, n. 3090 del 13 maggio 2024, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del lotto n. 13 relativo alla "*procedura aperta per l'affidamento quadriennale dei servizi di reception e portierato presso le sedi delle Aziende Sanitare ed Ospedaliere della Regione (…)*", bandita con determina dirigenziale n. 84 del 14 maggio 2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della (…) s.p.a. e della (…) s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Vista l'istanza di passaggio in decisione della (…);
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2025 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati (…);
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 87 del 14 maggio 2019 la (…), in qualità di centrale di committenza, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento quadriennale dei servizi di vigilanza armata e dei servizi di *reception* e portierato presso le sedi delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della Regione (…).

1.1. In particolare, il bando ha disposto l'espletamento di gare separate per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, da un lato, e dei servizi di *reception* e portierato, dall'altro, prevedendo altresì la suddivisione di ciascuna procedura in 16 lotti (corrispondenti all'ambito territoriale delle Aziende Sanitarie Locali e delle Aziende Ospedaliere).

1.2. L'art. 3 del Disciplinare di gara ha quindi fissato un "vincolo di partecipazione", ammettendo la possibilità per ciascun concorrente di presentare offerta per non più di 8 lotti. A tale vincolo si è aggiunto anche un ulteriore vincolo di aggiudicazione, precisato nel medesimo art. 3, secondo cui "*in caso di partecipazione a più Lotti, al concorrente singolo, raggruppato, consorziato, aggregato, che ha*

presentato offerta e risulta primo in graduatoria in più Lotti, potranno essere aggiudicati fino ad un massimo di 4 (quattro) Lotti, in ordine di rilevanza economica dell'offerta presentata per il rispettivo Lotto, quindi, a cominciare dal Lotto di maggiore rilevanza economica e procedendo in ordine decrescente".

2. Il seggio di gara, esaminata la documentazione presentata dalle imprese concorrenti, ha rilevato che nessun operatore economico aveva presentato offerta per più di 8 lotti anche se era emerso, dalle visure camerali, la partecipazione, seppure in lotti diversi, di quattro operatori economici ((…) s.r.l., (…) s.r.l., (…) s.r.l. e (…) s.r.l.) appartenenti al gruppo (…).

2.1. Il seggio di gara ha per questa ragione ritenuto di chiedere chiarimenti alle imprese interessate in ordine alla circostanza se la partecipazione di società facenti parte di uno stesso gruppo a lotti diversi avrebbe potuto essere indice di una condotta elusiva del suddetto vincolo qualora fosse stata caratterizzata dalla totale carenza di autonomia decisionale ed organizzativa in capo agli operatori economici tanto da poterli considerale alla stregua di un unico offerente.

2.2. Pervenuti i chiarimenti, il seggio di gara ha rilevato l'assenza "*allo stato di elementi univoci tali da provare la totale mancanza di autonomia decisionale ed organizzativa degli operatori economici in questione e la conseguente elusione del vincolo di partecipazione previsto in gara*" (cfr. verbale n. 13 del 13 maggio 2020).

2.3. Le quattro società del gruppo (…) sono state pertanto ammesse al prosieguo della gara, stante il ritenuto rispetto del vincolo di partecipazione. La procedura è quindi proseguita con la valutazione delle offerte tecniche fino alla seduta pubblica in cui è stata stilata la graduatoria provvisoria per ciascun lotto.

2.4. Con nota prot. SRA-12513 del 23 luglio 2021, il seggio di gara ha tuttavia deciso, anche in relazione alla constatata sovrapponibilità di taluni aspetti delle offerte, di segnalare, prima dell'aggiudicazione, all'Autorità per la concorrenza e il mercato (di seguito Agcm) quanto riscontrato quale possibile indice di una intesa restrittiva della concorrenza, così da consentire all'Autorità le valutazioni di

competenza.

2.5. L'Agcm con nota prot. SRA-4947 del 30 marzo 2022 ha ritenuto che "*le segnalate sovrapposizioni delle offerte da parte di alcune società partecipanti alle due procedure siano spiegate in larga misura dall'appartenenza di tali società al medesimo gruppo. Quanto agli ulteriori parallelismi individuati da Codesta Stazione Appaltante, si ritiene che gli stessi sia superati dall'esclusione delle imprese interessate o, comunque, non abbiano determinato effetti di limitazione del gioco competitivo tali da giustificare ulteriori approfondimenti ai sensi della normativa a tutela della concorrenza*".

2.6. L'Agcm ha poi rilevato che "*l'obiettivo di garantire una distribuzione dell'appalto complessivo tra più entità economiche ed evitarne l'accaparramento ad opera di uno solo o di pochi soggetti – sotteso alla facoltà prevista dall'art. 51, commi 2 e 3 e adottato da (…) con l'introduzione discrezionale di vincoli di partecipazione e di aggiudicazione – rischi di essere vanificato laddove tali limiti vengano applicati alle singole società individualmente, a prescindere dalla loro appartenenza allo stesso centro di controllo*".

2.7. Di conseguenza, la stessa Autorità ha suggerito "*che, ai fini dell'applicazione del limite massimo di partecipazione e aggiudicazione di più lotti, le diverse società offerenti nei vari lotti di ognuna delle due procedure debbano considerarsi come un'unica entità economica, quando sottoposte al medesimo cento di controllo*".

2.8. La stazione appaltante, prendendo atto che nelle graduatorie provvisorie non vi erano al primo posto in più di quattro lotti società del gruppo (…) e dunque non venendo in rilievo, il vincolo di aggiudicazione, con determinazione n. 176 del 21 luglio 2023 del Direttore Generale della (…) ha aggiudicato il lotto 13, relativo all'affidamento quadriennale dei servizi di *reception* e portierato, alla società (…) s.r.l.

3. Contro il suddetto provvedimento di aggiudicazione ha proposto ricorso al Tar di Napoli la seconda graduata, la società (…), sostenendo, nella sostanza, l'elusione del vincolo di partecipazione fissato dal disciplinare di gara.

3.1. L'aggiudicataria ha invece proposto ricorso incidentale, corredato di motivi

aggiunti, lamentando la mancata esclusione della ricorrente, nonché l'attribuzione del punteggio relativo alla dichiarazione (…) e la violazione di taluni obblighi informativi.

3.2. Il Tar, con la sentenza indicata in epigrafe (n. 3090 del 2024), ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto il ricorso principale, compensando le spese di giudizio. Lo stesso Tribunale ha infatti ritenuto fondata la dedotta violazione del vincolo di partecipazione.

4. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la società (…) sulla base dei motivi di censura di seguito sinteticamente indicati.

4.1. La società appellante contesta innanzitutto la sentenza del Tar nella parte in cui è stato respinto il suo ricorso incidentale con il quale era stata dedotta l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse (la (…) avrebbe dovuto essere retrocessa in terza posizione nella graduatoria in quanto in pendenza di gara non avrebbe rinnovato la certificazione (…), con conseguente decurtazione di 2 punti e retrocessione in posizione non utile).

4.2. Parte appellante sostiene poi che il vincolo di partecipazione previsto dal disciplinare di gara all'art. 3 andava interpretato come indicato dalla stazione appaltante e quindi operante solo con riferimento a ciascun concorrente senza al contrario estenderlo all'ipotesi allargata di concorrenti distinti, ma collegati in quanto riconducibili ad uno stesso gruppo.

4.3. In subordine, la società appellante evidenzia che qualora fosse ritenuto operante il vincolo di partecipazione anche la società (…)a ,appartenente insieme alla (…) al consorzio (…) non potrebbe collocarsi al primo posto della graduatoria tenuto conto che entrambe hanno presentato offerte in più di 4 lotti della gara.

5. La (…) si è costituita in giudizio chiedendo l'accoglimento dell'appello.

6. La società (…) ha chiesto invece il rigetto del ricorso.

7. Le parti costituite hanno depositato ulteriori documenti e memorie, anche di replica.

8. Questa Sezione, con ordinanza cautelare n. 2209 del 14 giugno 2024, ha accolto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, sulla base della seguente motivazione: "*Ritenuto di sospendere gli effetti della sentenza appellata al fine di conservare la res adhuc integra fino alla definizione del merito*".

9. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 16 gennaio 2025.

10. Il Collegio procede preliminarmente all'esame del primo motivo di appello, mentre sul tema relativo all'applicabilità del vincolo di partecipazione alla gara, nei termini dedotti in giudizio, ritiene di dover rimettere talune questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

11. Il primo motivo di gravame sull'inammissibilità del ricorso di primo grado non è fondato.

11.1. Premesso che l'articolo 19 del Disciplinare di gara prevedeva, quale elemento dell'offerta tecnica che consentiva l'ottenimento di un punteggio premiale, il possesso della dichiarazione (…), l'attuale appellata e originaria ricorrente, avendo perso per scadenza tale certificazione in corso di gara (e comunque dopo che la sua offerta era stata già esaminata e valutata, ma prima della conclusione delle operazioni di gara), avrebbe dovuto, secondo parte appellante, vedersi decurtato il punteggio *de quo,* con la conseguenza di perdere legittimazione e interesse all'impugnazione dovendo essere retrocessa al terzo posto in graduatoria.

11.2. La società appellata, per converso, nega che potesse esservi una regressione procedimentale, essendo stata la sua offerta già valutata in un momento in cui la dichiarazione era valida ed efficace e non potendo essere posti a suo carico i tempi del rinnovo della stessa (comunque richiesto).

11.3. La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa. Il possesso di una determinata certificazione o dichiarazione è richiesto, infatti, non quale requisito di partecipazione alla procedura, ma soltanto ai fini del riconoscimento di

un punteggio aggiuntivo all'offerta tecnica, e dunque va consentito, in ossequio al canone della massima partecipazione ed alla esigenza di non trasformare la gara in una "corsa a ostacoli" che faccia perdere di vista l'obiettivo prioritario di selezionare l'offerta migliore per l'Amministrazione pur nel rispetto delle regole della concorrenza (principio del risultato, oggi sancito dall'articolo 1 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), che possano essere sanate attraverso il c.d. soccorso procedimentale le carenze meramente documentali e formali allorché ciò non alteri il contenuto sostanziale dell'offerta e non produca distorsioni sul confronto competitivo tra le offerte.

11.4. Ed infatti la giurisprudenza consente in questi casi l'integrazione di eventuali elementi documentali carenti nonostante i limiti posti al soccorso istruttorio dall'articolo 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1881, relativa a un caso il possesso della certificazione era stata solo dichiarato e non documentato).

11.5. Se dunque è possibile integrare sul piano documentale una certificazione non prodotta ma della quale è stato dichiarato il possesso ai fini del punteggio premiale previsto per l'offerta tecnica, *a fortiori* ciò deve essere consentito laddove la certificazione esista, ma venga a scadere durante lo svolgimento della gara: di conseguenza, nel caso di specie se anche la stazione appaltante avesse avuto contezza della scadenza della dichiarazione (…) posseduta dall'odierna appellata (comunque intervenuta dopo che la sua offerta tecnica era stata esaminata e il relativo punteggio premiale era stato assegnato), al più avrebbe potuto chiedere al concorrente di documentare di aver quanto meno presentato l'istanza di rinnovo della stessa, senza essere affatto tenuta in via automatica a rivedere i punteggi e detrarre quello previsto dall'articolo 19 del Disciplinare.

11.6. Ne discende che, non essendo l'appellante riuscita a dimostrare – se non in via meramente ipotetica ed eventuale – la supposta retrocessione dell'appellata al terzo posto in graduatoria, l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione in

primo grado risulta infondata, non essendo supportata dalla prova certa della asserita carenza di legittimazione o interesse.

12. Quanto al secondo motivo di appello relativo all'estensione del vincolo di partecipazione, va innanzitutto osservato che la portata della sua applicazione, ritenuta fondata dal Tar, è stata oggetto di rimessione all'Adunanza Plenaria da parte di altra Sezione del Consiglio di Stato.

12.1. In sostanza, le questioni deferite (cfr. ordinanze n. 7111 e 7112 del 20giugno 2024 della Sezione V) hanno riguardato l'applicazione del limite (cd. 'vincolo') di partecipazione (oltre che del 'vincolo' di aggiudicazione, che non è oggetto della controversia).

12.2. Si è posto quindi il tema 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, è stato chiesto 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*".

12.3. La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è infatti divisa sulla possibilità di estensione soggettiva del limite di partecipazione (e di aggiudicazione), coni 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;

- un terzo 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.

12.4. L'Adunanza Plenaria, tuttavia, con ordinanza n. 17 del 13 dicembre 2024ha rimesso la questione in Corte di giustizia per 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 febbraio2014 (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 direttiva2014/24/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.

13. Ciò premesso, il Collegio rileva che la vicenda in esame può risultare influenzata dalle future determinazioni dell'Adunanza plenaria all'esito del giudizio

della Corte di Giustizia. Nella sentenza impugnata (§ 3.2.) il Tar ha infatti ritenuto che li vincolo di partecipazione (agli otto lotti più rilevanti) dovesse essere riferito a tutte le imprese partecipanti alla procedura selettiva pubblica, qualora riconducibili ad un unico gruppo economico e ad un solo centro decisionale, pur in presenza di offerte presentate in lotti diversi.

13.1. Cosicché, si potrebbe disporre, per questa parte dell'appello, la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 79 del c.p.c.. In sostanza, si tratterebbe di una sospensione impropria "in senso lato" del processo conseguente alla definizione da parte dell'Adunaza plenaria di una questione, anche di carattere eurounitario, sollevata da altro giudice, ma rilevante anche nel presente giudizio.

13.2. Tuttavia, tale forma di sospensione va adottata previo contraddittorio tra le parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a (cfr. Adunanza plenaria, sentenza n. 4 del 22 marzo 2024).

13.3. Nel caso in esame, infatti, le parti presenti in sede di discussione ((…) e (…)) non si sono soffermate su tale aspetto, limitandosi invece ad esporre sintetiche posizioni divergenti in merito al rilievo della decisione della Plenaria.

14. Tanto premesso, va disposto che in ordine alla possibile sospensione del presente giudizio debba essere data alle parti costituite la possibilità di interloquire, ai sensi di quanto previsto dall'ultimo inciso del comma 3dell'art.73 del c.p.a.

14.1. Pertanto, il Collegio, al fine di decidere in merito alla sospensione *ex* art.79 c.p.a, assegna alle stesse il termine di 30 giorni, decorrenti dalla comunicazione della presente decisione, per presentare memorie vertenti sulla questione di pregiudizialità sopra indicata.

15. E' riservata alla sentenza definitiva ogni ulteriore pronuncia in ordine alle spese ed onorari del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sull'appello (n. 4076 del 2024), come in epigrafe proposto:

a) rigetta il primo motivo di appello, come precisato in parte motiva;

b) assegna alle parti il termine di 30 giorni, decorrenti dalla comunicazione della presente decisione, per presentare memorie vertenti sulla questione pregiudiziale indicata in parte motiva;

c) riserva alla sentenza definitiva ogni ulteriore pronuncia in ordine alle spese ed onorari del presente giudizio;

d) dispone che la presente decisione sia trasmessa alle parti dalla Segreteria di questa Sezione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Nicola D'Angelo	**Michele Corradino**

IL SEGRETARIO