



**News n. 81 del 3 settembre 2024
a cura dell'Ufficio del massimario**

La quinta sezione del Consiglio di Stato deferisce all'Adunanza plenaria il contrasto circa l'espansione o meno del vincolo di partecipazione e del vincolo di aggiudicazione previsti nella legge di gara oltre l'operatore economico offerente, nel caso in cui la medesima legge di gara non rechi una specifica indicazione in tal senso. Dopo una chiara, compiuta e articolata ricostruzione in fatto, nonché dello stato dell'arte in giurisprudenza, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha enucleato i principi di riferimento con l'indicazione anche di un'ipotetica soluzione, rimessa alla decisione della Plenaria.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 12 agosto 2024, n. 7112 – Pres. De Nictolis, Est. Molinaro.

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Lotti (suddivisione in) – Vincolo di partecipazione e di aggiudicazione – Facoltà o obbligo per la stazione appaltante – Imprese infragruppo – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Sono deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni di diritto:

- 1) *se il vincolo di partecipazione e il vincolo di aggiudicazione previsti nella legge di gara si espandono oltre l'operatore economico offerente, nel caso in cui la medesima legge di gara non rechi una specifica indicazione in tal senso;*
- 2) *nel caso di risposta positiva al suddetto quesito, quale sia il parametro di riferimento di detta espansione soggettiva, quali indici debbano essere considerati al fine di valutarne l'integrazione e quale criterio debba essere utilizzato per individuare le offerte da escludere in quanto in soprannumero. (1)*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha formulato all'Adunanza plenaria i quesiti di cui in massima, diretti a chiarire l'ambito di applicazione soggettivo del vincolo di partecipazione e del vincolo di aggiudicazione di cui all'art. 51 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 51 (secondo codice dei contratti pubblici), nel caso in cui esso sia formulato facendo riferimento al "concorrente" o all'"offerente" (o comunque a colui che presenta l'offerta, indicato con varie espressioni, comunque riferibili a detto concetto), senza ulteriore specificazione.

II. – Il giudizio nel quale si è innestato il deferimento all'Adunanza plenaria riguarda una procedura indetta da Consip, per l'affidamento di un appalto di fornitura di servizi di vigilanza armata per il Ministero della giustizia. L'Amministrazione ha previsto la suddivisione in lotti e ha introdotto un limite di partecipazione. In particolare, il disciplinare dispone che *"In caso di partecipazione a più lotti è previsto, ai sensi dell'art. 51, comma 2 del Codice, un vincolo che opera secondo le due seguenti regole: - ciascun concorrente può presentare offerta per un numero massimo di 13 lotti; - il valore dei lotti a cui si partecipa non può superare il 40% del valore della gara, secondo la tabella sotto riportata. Le due regole suindicate non operano alternativamente"*. La legge di gara stabilisce di seguito le conseguenze della presentazione di offerta in più lotti da parte dell'operatore economico, prevedendo che *"In caso di partecipazione ad un numero o un valore maggiore di lotti rispetto a quanto consentito, l'offerta si considera presentata per i lotti che, in valore e numero, rispettino le due regole suindicate, sulla base del seguente ordine decrescente"*, che viene di seguito riportato in apposita tabella. La questione giuridica di che trattasi si inserisce nella controversia in ragione dell'allegazione di: (a) legami societari esistenti fra l'operatore economico controinteressato e altre società appartenenti al medesimo gruppo, che hanno presentato offerte in altri lotti della gara (per l'asserita quasi totalità dei lotti, 32 lotti su 34); (b) altri elementi di collegamento esistenti fra le società del gruppo, quali (i) *"l'intreccio"* di cariche sociali, (ii) la *"unicità di centro decisionale in capo ad un unico Socio di maggioranza"*, (iii) l'asserita identità di offerte, progetti e polizza fideiussoria, (iv) l'identica mancanza (di allegazione) di un *curriculum* con riferimento all'offerta presentata da due società del gruppo. La quinta sezione, al fine di evidenziare la rilevanza della questione oggetto di deferimento all'Adunanza plenaria per la decisione della controversia, evidenzia che uno dei suddetti indici è sussistente, cioè l'appartenenza ad un gruppo societario e che non è contestata la presentazione da parte delle società del gruppo di offerte, (se) complessivamente considerate, per un numero di lotti superiore al vincolo di partecipazione imposto con la legge di gara. Ne consegue che la decisione sull'asserita illegittimità dell'aggiudicazione a favore dell'operatore economico controinteressato dipende dall'avviso che l'Adunanza plenaria assumerà sulla questione giuridica che è stata deferita.

III. – L'iter argomentativo dell'ordinanza di rimessione è articolato come segue:

a) in via preliminare, viene anzitutto valutata la rilevanza nel caso in esame del chiarimento fornito dalla stazione appaltante, secondo il quale *"il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno della autonomia delle singole società, dotate di personalità giuridica distinta e dunque le imprese controllate o collegate ex art. 2369 c.c., in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, possono partecipare ed aggiudicarsi ciascuna, più lotti, nel rispetto del vincolo di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara"*. Con detta affermazione la stazione appaltante ha quindi espresso la volontà di non estendere la portata del vincolo di partecipazione oltre il singolo concorrente, al fine di considerare l'appartenenza di questo a una più ampia realtà imprenditoriale. Sul punto la sezione osserva quanto segue:

- a1) la sussistenza di detto chiarimento non è di per sé determinante e non rende irrilevante la questione giuridica;
- a2) i chiarimenti debbono infatti rispettare *"il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto"*

di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "par condicio" nelle gare di appalto quali presidi di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento)", che impone che "il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico della clausola secondo uno dei suoi possibili significati" (si richiama: Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2024, n. 1793, in *Riv. giur. edilizia*, 2024, 2, I, 345; sez. III, 23 novembre 2022 n. 10301);

a3) nel caso in cui, invece, al chiarimento sia riconosciuta una portata novativa si deve *"dare prevalenza alle clausole della lex specialis ed al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono"* (si richiama: Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024 n. 802, che si riferisce allo stesso come *"consolidato principio"*, evidenziando che rispetto a quest'ultimo si discosta sez. V, 1° settembre 2023 n. 8127, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, e sez. V, 16 marzo 2021 n. 2260). E ciò indipendentemente dall'impugnazione degli stessi, atteso che *"i chiarimenti resi nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentoale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis"* (si richiama Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2022 n. 7793, in *Foro it. rep.*, 2022, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, e in *Appalti & Contratti*, 2022, 10, 102);

a4) visto quindi che i chiarimenti possono avere solo una portata interpretativa e non innovativa, la soluzione del caso non può basarsi sul chiarimento stesso ma richiede di previamente interpretare la legge di gara (per poi stabilire il trattamento da riservare al chiarimento);

b) ciò posto, la sezione passa ad esaminare la normativa di riferimento, soffermandosi sulle caratteristiche dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione, nonché sul rapporto tra di essi:

b1) l'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, consente alle stazioni appaltanti di inserire vincoli di partecipazione (comma 2) e vincoli di aggiudicazione (comma 3);

b2) dal dato normativo non si ricava un diverso regime di apposizione del vincolo, a seconda che sia di partecipazione o di aggiudicazione. Il disposto del secondo e del terzo comma evidenzia infatti l'ampia discrezionalità nell'apposizione del vincolo e nel contenuto quantitativo dello stesso, nonostante la diversa tecnica redazionale. In entrambi i casi il riconoscimento della discrezionalità comporta che, nel silenzio della legge di gara, esso non operi (in disparte la valutazione della relativa estensione). E ciò non solo perché la libertà economica e l'autonomia negoziale si espande se non viene (motivatamente) limitata ma anche perché, nel caso di cui al comma 2, non può operare un vincolo di partecipazione privo di contenuto e, nel caso del comma 3, il vincolo non opera se le stazioni appaltanti che *"possono"* prevederlo non lo fanno;

b3) le stesse sentenze che si sono occupate della questione fanno spesso riferimento a entrambi i vincoli senza distinguerli (si richiama: Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2023, n. 8127, cit.; sez. III, 15 giugno 2023, n. 5900, in *Foro amm.* 2023, 6, II, 884; sez. V, 19 gennaio 2023, n. 652; sez. III, 21 ottobre

2022, n. 9003, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione* e in *Urbanistica e appalti*, 2023, 231 con nota di SANTOMAURO; sez. V, 12 ottobre 2022, n. 8730; n. 12 ottobre 2022, n. 8726; sez. V, 9 giugno 2022, n. 4725; sez. III, ord. 7 maggio 2021, n. 2350, in *Foro it., rep.*, 2021, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*; in *Foro amm.*, 2021, 809 e in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2021, 2, 69, con nota di DAL BIANCO);

b4) anche lo studio della realtà ha dimostrato che sono minime le differenze di condotta dell'operatore economico rispetto ai vincoli di partecipazione e di aggiudicazione, tanto che nella relazione al nuovo codice approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (terzo codice dei contratti pubblici) si legge, *"in una prospettiva economica"*, che *"Nella pratica degli appalti il vincolo di partecipazione è diventato un sostituto quasi perfetto di quello di aggiudicazione"*, oltre a commenti relativi alle esternalità dagli stessi prodotti (riguardanti rispettivamente il maggior rischio di turbativa d'asta e il pericolo di ricorsi strumentali che blocchino tutti i lotti);

b5) in ogni caso non si evidenzia, neppure nella relazione al codice approvato con d. lgs. n. 36 del 2023, redatta a valle di approfondimenti anche di tipo economico sul tema, alcuna difformità (fra le due tipologie di vincoli) in relazione alla tematica della *"estensione del vincolo dalla singola impresa all'unitario centro decisionale cui essa eventualmente sia riconducibile"*;

c) ciò posto, la sezione dà atto dello stato dell'arte della giurisprudenza sulla questione giuridica di che trattasi, evidenziando l'esistenza di un contrasto:

c1) vi sono infatti pronunce con le quali il Consiglio di Stato ha ritenuto insito nell'apposizione del vincolo (di partecipazione o di aggiudicazione), pur in mancanza di una espressa indicazione sul punto della legge di gara, l'espansione dello stesso oltre il singolo offerente dando rilevanza a tal fine a una più vasta realtà imprenditoriale (si richiama: Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2024 n. 2149; 4 marzo 2024 n. 2052; 21 ottobre 2022 n. 9003, cit. e sez. V, 27 settembre 2021 n. 6481, in *Ius amm.*, 29 settembre 2021);

c2) numerose sono poi le pronunce di segno opposto (Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024 nn. 45, 47, 48, 50, 59, 61 e 62; sez. III, 3 gennaio 2023 n. 77; sez. V, 12 ottobre 2022 nn. 8726, 8729 e 8730; 9 giugno 2022 n. 4725; sez. III, 18 marzo 2021 n. 2350, cit., nonché sez. V, 12 febbraio 2020, nn. 1070 e 1071 e 2 maggio 2017 n. 1973);

c3) per completezza, la sezione dà conto del recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'eventuale intento di eludere, mediante la presentazione di più offerte *"a scacchiera"*, l'eventuale limite imposto dalla stazione appaltante al numero dei lotti suscettibili di aggiudicazione ad un unico operatore ai sensi dell'art. 51, comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016, da parte di società appartenenti a un unico centro decisionale integra i requisiti della fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c-bis* del d.lgs. n. 50 del 2016. Detto orientamento *"recupera"*, in altro modo, condotte che, pur non integrando una violazione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione, nondimeno, in quanto ritenute elusive, sono sintomatiche dell'inaffidabilità dell'offerente (e quindi meritevoli di

esclusione) (si richiama Cons. Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023 n. 579, in *Foro it. rep.*, 2023, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, e in *Appalti & Contratti*, 2023, 4, 103) e 17 gennaio 2023, n. 582);

d) la sezione passa dunque a riferire le motivazioni addotte a sostegno della tesi dell'espansione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione; a sostegno di tale tesi la sezione V richiama quanto evidenziato dalla sez. III, del Consiglio di Stato, con le sentenze 5 marzo 2024 n. 2149 e 4 marzo 2024 n. 2052, *cit.* che hanno affrontato un caso in cui la stazione appaltante aveva previsto sia un vincolo di partecipazione, sia un vincolo di aggiudicazione:

d1) la *ratio* del vincolo di aggiudicazione e del vincolo di partecipazione si rinviene in *"un'esigenza pro-concorrenziale"*, cioè quella di favorire la *"massima partecipazione possibile delle piccole e medie imprese – che costituiscono l'ossatura del sistema imprenditoriale nazionale ed europeo - per evitare che gli affidamenti si concentrino in capo alle imprese di dimensioni maggiori"*;

d2) il vincolo *"è diretto a completare e a rendere effettivo l'obiettivo pro-concorrenziale insito nel vincolo della suddivisione dell'appalto in lotti"*, i cui effetti rischierebbero di essere vanificati se non vi fosse un limite massimo all'assegnazione dei lotti per il singolo operatore. A tal fine si sottolinea come *"il vincolo di aggiudicazione traduce in atto quel che la suddivisione in lotti esprime in potenza"* dal momento che imponendo il vincolo, *"il cui effetto naturale è proprio quello di aumentare il numero degli aggiudicatari, è impedito che si realizzino o si consolidino situazioni di concentrazione e tendenze in senso oligopolistico o monopolistico del mercato"*, così incidendo *"sull'assetto del mercato in senso concorrenziale, con effetti destinati a travalicare anche la singola procedura di gara ed a riflettersi invece sulla futura sistemazione del segmento interessato"* (si richiama Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021 n. 6402, in *Foro it. rep.*, 2022, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione* e in *Foro amm.*, 2021, 1283);

d3) pertanto è indubitabile *"la funzione pro-concorrenziale e di incentivo all'accesso al mercato"* del vincolo; le altre finalità di detto vincolo, *"connesse con il principio del buon andamento, ovvero del risultato utile, come ad esempio quella di migliorare la qualità della prestazione, evitando che un medesimo operatore sia contemporaneamente impegnato su troppi lotti"*, sono recessive rispetto alla finalità pro-concorrenziale che permea il vincolo, *"imponendo una lettura sistematica e congiunta del comma 3 e del comma 1 dell'art. 51 del d. lgs. n. 50/2016"*;

d4) tali conclusioni non sono scalfite dalla natura facoltativa e non obbligatoria del vincolo di aggiudicazione; infatti, la stessa *"suddivisione in lotti dell'appalto è solo tendenzialmente obbligatoria, potendo essere disattesa previa adeguata motivazione da parte della stazione appaltante"*, trattandosi di un *"principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie"* e *"derogabile attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata"* (si richiama: Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2020 n. 1076; sez. V, 7 febbraio 2020 n. 973, in *Foro it. rep.*, 2020, *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni*

della pubblica amministrazione; in *Riv. trim. appalti*, 2020, 1143, con nota di SMERCHINICH, e in *Foro amm.*, 2020, 250; e 11 gennaio 2018 n. 123);

d5) la sezione III prosegue ritenendo che *“In ragione della sua ratio, il vincolo deve trovare applicazione non solo con riguardo al singolo operatore economico, ma a maggior ragione ad operatori economici collegati”*; in tale ultima ipotesi, infatti, *“l’esistenza di un unico centro di controllo e di coordinamento tra le imprese partecipanti e, dunque, tra le offerte, moltiplica il rischio di prevaricazione competitiva da parte delle imprese collegate a danno di quelle piccole o medie che agiscono in forma singola e giustifica, pertanto, l’apposizione del vincolo di aggiudicazione”*;

d6) la sezione III afferma che *“in caso di collegamento tra imprese, ovvero di qualsiasi altra forma partecipativa espressiva di una medesima realtà imprenditoriale, riconducibile ad un unico centro di imputazione di interessi, la funzione pro-concorrenziale del vincolo risulta del tutto prevalente ed autoevidente, tanto da non imporre alla stazione appaltante alcuna esplicita specificazione o indicazione, negli atti di gara, della funzione allargata e pro-concorrenziale svolta dal vincolo medesimo”* e che *“in presenza di una clausola prevedente un vincolo di aggiudicazione, si presume che la stessa risponda (anche) alla ratio di impedire l’accaparramento delle connesse da parte di un unico soggetto, dovendo semmai essere motivata la diversa ipotesi in cui tale finalità non vi sia”* (si richiama di nuovo Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003, cit.);

d7) pertanto, *“deve ritenersi che la possibilità di applicare il vincolo di aggiudicazione in senso “sostanziale” alle imprese collegate è nel sistema, sicché la prevedibilità delle conseguenze delle scelte imprenditoriali è già assicurata sul piano normativo, senza necessità di una specificazione volta per volta in sede di legge di gara (che anzi aumenterebbe il tasso di complicazione del sistema)”*;

d8) la sezione III aggiunge che l’opposta interpretazione *“porterebbe esattamente alla concentrazione delle commesse nelle mani del medesimo centro decisionale, in palese elusione della finalità sottesa alla stessa suddivisione in lotti (ed al vincolo di aggiudicazione), consentendo all’unitaria realtà imprenditoriale di aggiudicarsi una gran fetta dell’appalto complessivamente inteso, laddove la legge di gara mirava ad un risultato esattamente opposto”*;

d9) un ulteriore argomento a sostegno dell’estensione soggettiva del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione nel silenzio della legge di gara consiste nel ritenere che l’espressione usata dalla legge di gara per definire l’ambito di operatività del vincolo di aggiudicazione *“concorrente”* sia sul piano letterale sia su quello funzionale non consenta di circoscrivere la nozione alla singola impresa, dal momento che ha riguardo proprio ad una categoria connotata dal riferimento al confronto nel relativo mercato, e comunque *“replica quella di “offerente”, utilizzata sia dal citato art. 51, comma 3, sia dall’art. 46, § 2, della direttiva 2014/24/UE, che va evidentemente intesa in senso sostanziale e funzionale, dunque, in modo da “dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva”* (si richiama ancora Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003 cit.);

e) la sezione, a fronte di detto orientamento, ritiene tuttavia di confermare l'opposta opzione, già approfondita con le sentenze 2 gennaio 2024 nn. 45, 47, 48, 50, 59, 61 e 62, *cit.*, sulla base delle seguenti argomentazioni:

e1) le esigenze connesse all'implementazione della concorrenza (per il mercato) non sono le sole che informano la disciplina dei contratti pubblici, sicché non si può fare perno esclusivamente su di esse per spiegare le regole della gara. Nella disciplina dei contratti pubblici si confrontano infatti due prospettive, quella dell'Amministrazione quale centro di spesa, che ha l'esigenza di gestire nel modo più efficiente possibile le proprie risorse per perseguire gli interessi pubblici di cui è intestataria e di ottenere quindi la migliore prestazione, e la prospettiva concorrenziale;

e2) le esigenze e le finalità proconcorrenziali non costituiscono una categoria unitaria ma si distinguono in ragione di plurimi aspetti. In particolare ciò avviene rispetto agli istituti che vengono in evidenza con riferimento alla questione giuridica qui controversa: non è quindi sufficiente correlare l'ambito soggettivo di applicazione dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione alla finalità proconcorrenziale dell'istituto della suddivisione in lotti per giustificare la tesi espansiva (implicita);

e3) la logica proconcorrenziale alla quale risponde la suddivisione in lotti è quella di consentire una maggiore partecipazione, visto il moltiplicarsi dell'offerta pubblica e la configurazione di gare maggiormente accessibili in quanto ad oggetto più limitato (sulla prospettiva quantitativa di offrire il confronto concorrenziale a più imprese possibili si richiama Corte di giustizia UE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur Srl, in *Giur. comm.*, 2010, 4, II, 585 con nota di GARILLI; in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, 5, 1158; in *Guida al dir.*, 2009, 23, 97 con nota di PAPPALARDO, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273);

e4) la suddivisione in lotti non ha invece, di per sé, la finalità di disincentivare la partecipazione alla gara delle imprese più affermate sul mercato, evitando la concentrazione di potere economico, in quanto volta proprio ad aumentare i concorrenti in gara, non a limitarli;

e5) con il d. lgs. n. 50 del 2016 la suddivisione in lotti è divenuta necessaria, salvo diversa, e motivata, decisione (art. 51 comma 1); nel fare ciò il legislatore italiano ha assicurato una piena attuazione alla logica proconcorrenziale rispetto a quella di efficienza della spesa pubblica e di tutela del contraente pubblico;

e6) i vincoli di partecipazione e di aggiudicazione non possono essere assimilati all'istituto della suddivisione in lotti, né quanto a funzione proconcorrenziale, né quanto a modalità di temperamento della stessa con le esigenze di cura dell'interesse pubblico all'acquisizione della commessa;

e7) l'introduzione dei suddetti vincoli delinea una prospettiva che modifica l'impostazione di fondo della suddivisione in lotti, in quanto, riducendo le possibilità di partecipazione degli operatori interessati, e in particolare dei grandi operatori, cioè di coloro che hanno la possibilità di partecipare a più

o a tutti i lotti, interviene sul dato quantitativo del numero dei possibili concorrenti in senso riduttivo. Nel contempo aumenta le *chances* di vittoria delle piccole e medie imprese, così potendo produrre effetti di riduzione della concentrazione del potere economico (non derivanti invece dalla suddivisione in lotti); a fronte di effetti proconcorrenziali sullo stesso assetto del mercato di settore il costo dell'apposizione dei vincoli in esame deriva dalla rinuncia, almeno potenziale, a offerte che potrebbero assicurare una *performance*, finanziaria e di qualità, migliore rispetto a quelle in gara (così riducendo l'effetto, positivo per la stazione appaltante, della suddivisione in lotti);

e8) in tale (duplice) prospettiva la possibilità di ridurre le scelte imprenditoriali di partecipazione e di aggiudicazione è configurata come scelta facoltativa nell'*an*, sia a livello interno sia a livello eurounitario;

e9) se l'introduzione del vincolo di partecipazione e di aggiudicazione è il frutto della discrezionalità della stazione appaltante, a maggior ragione è discrezionale la conformazione di detto vincolo e quindi l'estensione dello stesso oltre il singolo partecipante, al fine di comprendere una realtà imprenditoriale più vasta;

e10) non è escluso che la stazione appaltante possa ritenere che vi siano i presupposti per l'apposizione del vincolo ma non quelli per l'espansione soggettiva dello stesso al di là della soggettività che ha sottoscritto l'offerta;

e11) la stessa relazione al codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023 dà conto delle diverse valutazioni che possono sovrintendere all'estensione soggettiva del vincolo. Dapprima si legge che *"sull'estensione del vincolo dalla singola impresa all'unitario centro decisionale, la giurisprudenza più recente (CDS, V, n. 4726/2022; III, n. 4625/2022; 6481/2021) opta per una soluzione diversa a seconda della finalità del vincolo"* distinguendo *"a seconda che tale vincolo persegua una finalità legata alla prestazione contrattuale ovvero una finalità di tipo antitrust: con il problema, in questo caso, di individuare il mercato di riferimento"*. Il rilievo, cioè la diversità fra le modalità di estensione soggettiva del vincolo a seconda del motivo di apposizione del medesimo, trova conferma nel successivo richiamo a una versione poi superata della formulazione dell'articolo, che lo espandeva, in caso di apposizione *"per ragioni relative al relativo mercato"* (e quindi non anche per finalità di tipo *"antitrust"*), *"anche all'unitario centro decisionale"*;

e12) le ragioni (complesse) di apposizione del vincolo potrebbero indurre l'Amministrazione a decidere diversamente sull'ambito soggettivo di applicazione dello stesso (in relazione alle caratteristiche della gara o del mercato di riferimento e dell'oggetto della misura concorrenziale), non potendosi dare per implicita un'opzione che richiede di essere invece delineata in ragione degli specifici presupposti e fini della stessa. La valutazione è complessa e dipende da numerose variabili, difficilmente contemperabili in modo preventivo e univoco;

e13) le limitazioni soggettive alla partecipazione alle gare non solo incidono sul principio di massima partecipazione alle gare, così richiedendo di essere valutate in termini di proporzionalità (fra obiettivo e regola di gara), ma

costituiscono, più in generale, una forma di limitazione della libertà economica, che risultano giustificate in quanto ragionevolmente connesse a interessi generali, fra i quali la concorrenza, quale caratteristica strutturale del mercato, che costituisce condizione affinché la libertà di iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale (si richiama Corte cost. 15 maggio 1990 n. 241, in *Foro it.*, 1990, I, 2401, con nota di NIVARRA; in *Foro it. rep.*, 1990, *Diritti d'autore*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1501, con nota di ABRIANI; in *Giust. civ.*, 1990, I, 2785; in *Dir. autore*, 1990, 365; in *Cons. Stato*, 1990, II, 804);

e14) senonché, l'ammissibilità di restrizioni alla libertà economica è subordinata non solo alla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale ma anche al rispetto del principio di proporzionalità, che implica che esse siano idonee a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedano quanto necessario per conseguirlo (si richiama Corte cost. ord., 7 marzo 2024 n. 35, in *Foro it.*, 2024, I, 1344 e Corte di giustizia UE, sez. I, 8 giugno 2023, C-50/21, *Prestige and Limousine SL*, in *ForoNews*, 14 giugno 2023, nota di PERTICARO;

e15) per quanto riguarda l'ulteriore argomento speso a favore dell'estensione soggettiva automatica del vincolo nel silenzio della legge di gara, basato su una nozione ampia di "offerente" (o sulla nozione analoga di "concorrente"), utilizzato nell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 e nell'art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE (si richiama *Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003 cit.* e *sez. V, 27 settembre 2021 n. 6481, cit.*), la Corte osserva quanto segue: i) in base all'art. 2, § 1 n. 11 della direttiva n. 2014/24/UE l'offerente è "un operatore economico che ha presentato un'offerta"; ii) l'art. 2, § 1 n. 10 della direttiva n. 2014/24/UE definisce l'operatore economico come "una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o di un'opera, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi" (in termini l'art. 3, lett. p) del d.lgs. n. 50 del 2016); iii) quando la disciplina di settore si riferisce all'operatore economico che partecipa alla gara fa riferimento all'operatore (sia esso singolo o associato) che ha sottoscritto l'offerta, al fine di sottoporlo a una serie di valutazioni volte ad assicurare l'integrità e l'affidabilità dello stesso e dell'offerta presentata; iv) la definizione è quindi funzionale a individuare con certezza (sulla base dell'offerta) l'operatore economico che partecipa alla gara in colui che ha sottoscritto l'offerta; v) in detto contesto sono ridotte le ipotesi in cui il legislatore ha attribuito rilevanza a circostanze ulteriori caratterizzanti, anzi alteranti, il profilo soggettivo dell'offerente e le ha disegnate, comunque, quali forme patologiche, da espellere dalla gara in quanto idonee ad alterarne il confronto concorrenziale (è il caso della fattispecie escludente di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50 del 2016) (si richiama *Corte di giustizia UE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, Assitur Srl, cit.*); vi) diversamente dall'art. 80, comma 5, lett. m) del d. lgs. n. 50 del 2016, l'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 detta alla stazione appaltante regole di organizzazione della gara che disciplinano il fisiologico svolgimento della

stessa e presuppone quindi, in assenza di diversi ed espressi indici normativi, che l'operatore economico che partecipa alla gara sia colui che ha presentato l'offerta, non potendo quindi farsi applicazione del principio dell'apparenza del diritto, generalmente volto alla tutela di posizioni che altrimenti ne rimarrebbero prive, mentre nel caso del gruppo la responsabilità della capogruppo è espressamente sancita e regolamentata dall'art. 2497 c.c. (sicché, anche sotto tale profilo, la presenza del gruppo non mette in pericolo la posizione dell'Amministrazione);

e16) non si rinviene la ragione per la quale, quando una società intende avvalersi di un'altra al fine di presentare l'offerta (si richiama Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2019, n. 965, in *Dir. e giustizia*, 11 febbraio 2019), la società ausiliaria e la società ausiliata sono considerate distinte anche se appartenenti al medesimo gruppo, imponendo adempimenti partecipativi che rendono onerosa la presentazione dell'offerta; nel caso invece in cui le società appartenenti al medesimo gruppo vogliano partecipare in modo distinto (aumentando quindi il numero dei partecipanti alla gara), dovrebbero essere (necessariamente) considerate congiunte;

e17) lo stesso criterio della neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti, delineata dalla giurisprudenza e attualmente richiamata nel considerando 14 e nell'art. 19, § 1 della direttiva 2014/24/UE, non depone nel senso di alterare la nozione di operatore economico in modo da poterne riferire la nozione a operatori economici che non risultano dall'offerta;

e18) la prospettiva è quindi diversa da quella che coinvolge la questione della partecipazione alla gara di imprese fra loro collegate, che preservano ciascuna la propria soggettività giuridica, anzi spesso avente la forma della personalità giuridica, ma piuttosto il superamento di detta personalità al fine di considerare il gruppo un'unica entità, così diminuendo le possibilità partecipative delle singole soggettività facenti parte dello stesso e il numero degli operatori che si contendono la commessa pubblica;

e19) anche l'ordinamento italiano è informato al principio dell'alterità soggettiva di ogni persona giuridica, seppur facente parte del medesimo gruppo; detta appartenenza, infatti, non è ritenuta idonea a superare la soggettività della singola società che ne fa parte (art. 2497-sexies c.c.) (si richiama: Cass. civ., sez. III, 1° giugno 2021 n. 15276, in *Foro it. rep.*, 2021, *Cassazione civile*, in *Ced Cass. civ.*, rv. 661628-02, in *Società*, 2021, 1343, con nota di CACOPARDI; in *Riv. dir. risparmio*, 2021, 2, 2013 con nota di ZURLO e in *Giur. it.*, 2022, 887 e Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019 n. 24943, in *Foro it. rep.*, 2019, *Società*; in *Ius Crisi d'impresa*, 16 giugno 2020, con nota di CAGLIARI e TAMBALO);

e20) la stessa responsabilità della società che esercita l'azione di direzione e coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori delle società eterodirette, infatti, si aggiunge, non si sostituisce, alla responsabilità degli organi di vertice di queste ultime (si richiama Cass. civ., sez. I, ord. 3 marzo 2021, n. 5795, in *Foro it.*, 2021, I, 2839; in *Foro it. rep.*, 2021, *Fallimento*; in *Dir. e giustizia*, 4 marzo 2021, con nota di MASCIA e in *Guida al dir.*, 2021, 14) e

può essere esercitata solo dopo che l'azione avverso questi ultimi è risultata infruttuosa (art. 2497, comma 3 c.c.);

e21) persino nel caso delle società *in house*, il legislatore ha precisato che esse rimangono comunque soggette alla disciplina della crisi d'impresa prevista per le medesime (e non per l'ente pubblico di cui costituiscono la *longa manus*), così assicurando comunque l'alterità soggettiva con riferimento all'aspetto della responsabilità patrimoniale, che più tipicamente connota le persone giuridiche "artificiali" (costituendo la ragione ultima della relativa configurazione);

f) la sezione V esprime ulteriori osservazioni che danno conto:

f1) dell'incerta definizione del perimetro di espansione del vincolo (si richiama: Cons. Stato, sez. VII, 17 gennaio 2023 n. 582, *cit*; sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003, *cit*.; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2022 nn. 8726, 8729 e 8730; 10 dicembre 2021, n. 8245; 27 settembre 2021 n. 6481, *cit.*, che richiamano la nozione di "sostanziale unitarietà della proposta negoziale" o di "unico centro decisionale"; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2020 n. 7455, che fa riferimento ai rapporti di controllo di cui all'art. 2359 c.c., relazionandoli al concetto di gruppo societario, Cons. Stato, sez. III, n. 7 giugno 2022 n. 4625, in *lamministrativista.it*, 22 giugno 2022; in *IUS Amministrativo*, 14 giugno 2022, nota di CICU "Unicità del centro decisionale tra prova dell'idoneità ad alterare la concorrenza e vincolo di aggiudicazione", e sez. V, 18 marzo 2021 n. 2350, *cit*.; Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2023 n. 8127, *cit.*, che fa riferimento al "medesimo gruppo ai sensi dell'art. 2359 c.c."; 19 gennaio 2023 n. 652, *cit.*, e 9 giugno 2022 nn. 4718, 4725 e 4726, che fanno riferimento congiuntamente all'unicità del centro decisionale e ai rapporti privilegiati fra società; sez. III, 5 marzo 2024 n. 2149 e 4 marzo 2024 n. 2052, che fanno riferimento al "collegamento tra imprese, ovvero di qualsiasi altra forma partecipativa espressiva di una medesima realtà imprenditoriale, riconducibile ad un unico centro di imputazione di interessi", nonché la relazione che accompagna l'approvazione del codice di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 che dà conto della diversa estensione attribuita a detto vincolo dalla giurisprudenza, motivando la varietà di soluzioni in ragione del fatto che "la giurisprudenza più recente (CDS, V, n. 4726/2022; III, n. 4625/2022; 6481/2021) opta per una soluzione diversa a seconda della finalità del vincolo (a seconda che tale vincolo persegua una finalità legata alla prestazione contrattuale ovvero una finalità di tipo antitrust: con il problema, in questo caso, di individuare il mercato di riferimento)");

f2) della varietà di indici presuntivi della sussistenza della condizione che determina l'espansione dello stesso (si richiama ancora Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2024 n. 2149 e 4 marzo 2024 n. 2052);

f3) della conseguente criticità rispetto al principio della trasparenza delle regole di gara, che costituiscono il corollario del principio di parità di trattamento (si richiama Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorogna Srl) e che impongono che le regole di gara siano stabilite e rese pubbliche prima della gara e non successivamente (si richiama Corte di giustizia UE, 10 novembre 2016, C-140/16, Edra Costruzioni Soc. coop.,

Edilfac Srl; C-697/15, MB Srl; C-162/16, Spinosa Costruzioni Generali Spa, Melfi srl); l'art. 58 del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce infatti che la stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, "anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile" e che "al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare": così facendo è individuato in modo certo il parametro dell'estensione e gli stessi indici sintomatici, che la stazione può decidere di prevedere "anche" nei confronti di più concorrenti che ne integrino i presupposti;

f4) del fatto che se l'estensione soggettiva implicita viene applicata sulla base della nozione di gruppo, questa assicura un certo grado di certezza alle condizioni di partecipazione, pur prefigurando un trattamento più severo rispetto a quello che subirebbero presentando più offerte nell'ambito dello stesso lotto (si richiama *Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5499, in Foro it. rep., 2022, Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione; in Appalti & Contratti, 2022, 7-8, 64 e in Foro amm., 2022, 943 e Corte di giustizia UE, sez. IV, 15 settembre 2022, C-416/21, Landkreis A. – F., in Foro it. rep., 2022, Unione europea e Consiglio d'Europa e in Riv. trim. appalti, 2022, 1433*); se l'estensione soggettiva implicita viene applicata sulla base della nozione di unico centro decisionale (o su analoga nozione di sostanziale unicità dell'offerta) essa sconta non solo l'incerto confine ma anche la difficoltà di riscontrare l'integrazione del presupposto sulla base di offerte presentate in lotti diversi, oggetto di distinte procedure;

g) alla luce di tutte le argomentazioni e le osservazioni sopra riportate, la sezione V giunge alla conclusione della necessità che l'Amministrazione valuti l'opportunità dell'estensione soggettiva del vincolo in relazione alle caratteristiche della specifica gara, espliciti la scelta compiuta e stabilisca il perimetro dell'estensione soggettiva, organizzando la procedura e imponendo agli operatori interessati il rispetto degli eventuali oneri aggiuntivi, necessari per assicurarne il rispetto, oltre che stabilendo il criterio per individuare le offerte in soprannumero;

h) la sezione V individua anche i rischi e i vantaggi che può comportare detta impostazione; per quanto riguarda i primi, essi consistono, nel breve termine, nel mancato superamento della concentrazione delle commesse (si richiama ancora *Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2024 n. 2149 e 4 marzo 2024 n. 2052*), che è speculare al rischio correlato, nel breve termine, all'opposta esegesi, derivante dall'incertezza delle regole di gara; nel medio-lungo termine, il rischio che la stazione appaltante non eserciti il potere discrezionale di estendere il vincolo di partecipazione e di aggiudicazione non svolgendo il relativo approfondimento e il conseguente pericolo di non intervenire in funzione disincentivante delle concentrazioni; senonché compulsare un atteggiamento attivo delle stazioni appaltanti sul punto e l'esercizio della potestà discrezionale di configurazione

della gara in luogo di una previsione generalizzata di estensione del vincolo: i) consente di assicurare alle gare un assetto che persegue in modo più efficiente entrambe le sopra richiamate linee direttrici alle quali sono informate le stesse e risulta maggiormente coerente con le specificità della singola procedura e con i principi di proporzionalità, massima partecipazione e trasparenza; ii) è rispettoso dell'impostazione veicolata nella direttiva n. 24/2014/UE, volta a fare affidamento sulle capacità di apprezzamento delle stazioni appaltanti (a titolo esemplificativo considerando nn. 15, 42, 46, 48, 61, 78, 79, 83, 97, 99 e 101), poi recepita dal diritto positivo con il principio della fiducia declinato espressamente nell'art. 2 del codice approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023; iii) valorizza il dovere insito nella potestà pubblica, che non si esclude che possa essere fatto valere in sede di impugnazione del bando se rende *"la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile"*, a supporto dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara (si richiama Ad. plen. 26 aprile 2018, n. 4, oggetto della News UM n. 99 del 2018, cui si rinvia per ogni approfondimento; in *Foro it.* 2019, III, 67, con nota di TRAVI; in *Foro it. rep.*, 2019, *Giustizia amministrativa*; in *Foro Amm.*, 2018, 4, 586; in *lamministrativista.it* 26 aprile 2018, in *Dir. proc. amm.* 2019, 3, 959, con nota di BERTONAZZI e 2018, 4, 1393, con nota di BERTONAZZI, TERRACCIANO; in *Urbanistica e appalti*, 2018, 785, con nota di MEALE, in *Riv. giur. servizi pubbl.*, 2018, 745, con nota di IMBEMBO, in *Riv. amm.*, 2018, 188, in *Nuovo notiziario giur.*, 2018, 570, con nota di BARBIERI); iv) è maggiormente rispettosa della libertà di iniziativa economica;

IV– Per completezza si segnala:

i) sulla nozione di unico centro di interesse:

i1) News UM n. 125 del 15 febbraio 2018 a Corte di giustizia UE, sez. VI, 8 febbraio 2018, C-144/17, Lloyd's of London (su rinvio del T.a.r. per la Calabria (ordinanza 9 marzo 2017, n. 385)), in ordine alla compatibilità coi principi europei in tema di evidenza pubblica (trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità) dell'esclusione da una gara d'appalto di servizi di due offerte sottoscritte dal medesimo rappresentante generale dei *Lloyd's* di Londra, nonostante si trattasse di due consorzi (*syndacate*) distinti. La Corte ammette la compatibilità della prevista esclusione laddove, senza alcun inammissibile automatismo, risulti in base ad elementi di prova incontestabili, l'assenza di indipendenza nelle offerte. Viene peraltro individuato il limite del principio di proporzionalità, nel senso che la normativa non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. A fronte della *ratio* sottesa alle regole dell'evidenza pubblica di garantire la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto, la sentenza richiama il proprio consolidato orientamento per cui l'esclusione automatica di candidati o di offerenti che si trovino in una situazione di controllo o di collegamento con altri offerenti eccede quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza;

i2) in dottrina: M. SINISI, *Il collegamento di imprese: elementi di riscontro e incompatibilità della fattispecie con la gara pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 12; M. SINISI, *Società collegate e gara pubblica: tassatività delle fattispecie vietate*, *ivi*, 2005, 5; M. SINISI, *Brevi riflessioni in tema di esclusione dalla gara per collegamento di tipo sostanziale*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 5; S. PONZIO, *Il collegamento sostanziale tra imprese partecipanti ad un appalto pubblico come causa di esclusione dalla gara*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 9, 2005, 2697, nota a *Cons. Stato*, sez. VI, 13 giugno 2005, n. 3089; M. SINISI, *Il collegamento sostanziale di imprese nel codice De Lise: la conclusione di una vicenda*, in *Foro amm. TAR*, 4, 2007, 1510 ss; C. GUCCIONE, *Il collegamento sostanziale tra imprese partecipanti ad una gara*, commento a *Cons. Stato*, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1328, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 10, 1073 ss.; F. LEGGIADRO, *L'impresa controllante e l'impresa controllata possono partecipare alla stessa gara*, in *Urb. e app.*, 2009, 9, 1063 ss.; P. MICHIARA, *Il fenomeno del "collegamento sostanziale" nelle gare di rilievo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2010, 1547 ss.; S. PONZIO, *Il procedimento per l'accertamento del "collegamento sostanziale" tra imprese negli appalti pubblici*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 9, 2010, 1968 ss; M. BRICCARELLO, *Collegamento sostanziale: il superamento del divieto assoluto di partecipazione alla gara*, in *Urb. e app.*, 2010, 6, p. 731 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 887 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 792 ss;

j) sulla *ratio* della divisione in lotti:

j1) News UM n. 64 del 10 giugno 2020 a Corte cost. 27 maggio 2020, n. 98 (anche in *Foro it.*, 2020, I, 3002), secondo la quale, una norma che preveda una riserva di partecipazione fino al 50 per cento negli appalti per le micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio di una Regione "è di ostacolo alla concorrenza, in quanto, consentendo una riserva di partecipazione, altera la par condicio fra gli operatori economici interessati all'appalto";

j2) in dottrina: B. RAGANELLI, *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, pag. 551 ss.; C. SANNA-M. PANI, *Lotti funzionali e tutela delle piccole e medie imprese*, in *Urb. app.*, 2012, 1243 ss; G. BARBERIS, *Suddivisione in lotti degli appalti pubblici: da eccezione a regola a tutela delle PMI. Quale effettività?*, in *Giur. it.*, 2014, 2808 ss.; G. L. ALBANO - A. CIPOLLONE - M. SPARRO, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, *Quaderni Consip*, 2, 2016, 10; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, cit.; R. CAPONIGRO, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'andamento degli appalti pubblici*, in *Rivista web italiappalti.it*, 2017; A. F. DI SCIASCIO, *La centralizzazione degli acquisti, la dimensione dei lotti ed il principio di concorrenza*, in *Urb. app.*, 2017, 375 ss.; E. PISTIS, *Suddivisione in lotti e centralizzazione degli acquisti. Uno sguardo critico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 95 ss.; L.R. PERFETTI, *Suddivisione in lotti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, M. A.

SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), Milano, 2019, 596 ss.; M. CAFAGNO, A. FARÌ, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., M. CLARICH (a cura di), Torino, 2019, 201 ss.; G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzati per l'aggregazione dei contratti*, in *Dir. amm.*, 1, 1° marzo 2019, 33 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, cit., 510 ss.; A. COIANTE, *Commento all'art. 51*, P. PROVENZANO, S. TRANQUILLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2020, pag. 528 e ss.; M. BENEVENTI, *La suddivisione degli appalti in lotti*, in *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, C. CONTESSA (a cura di), Piacenza, 2020, 129 ss.; S. VILLAMENA, *Appalto pubblico e principio di suddivisione in lotti a tutela degli operatori economici di minori dimensioni*, in *Dir. amm.*, 4, 1° dicembre 2020, 933 ss.; sull'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016: L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 518 ss; sul nuovo art. 58 del d.lgs. n. 36 del 2023: M. GIUSTINIANI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici prima e dopo la riforma*, Napoli, 2023, 174 ss.; P. SELLITTO, *La suddivisione in lotti*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, L. PONZONE (a cura di), Molfetta, 2023, 220 ss.;

j3) in giurisprudenza anche: Cons. Stato, sez. III, 24 ottobre 2023, n. 9205; T.a.r. per il Lazio, sez. III-quater, 3 maggio 2023, n. 7467;

k) sulla nozione di operatore economico:

k1) News US n. 70 del 1° luglio 2020 a Corte di giustizia UE, 11 giugno 2020, C-219/19, Parsec (anche in *Foro amm.*, 2020, 6, 1150 e in *Guida al dir.*, 2020, 34-35, 104), che, riprende la nozione ampia di "operatore economico" tratteggiata dalla giurisprudenza eurounitaria – secondo cui essa include qualunque persona e/o ente attivo sul mercato "a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare"; E ciò al fine di favorire un'ampia partecipazione alla gara e di assicurare un pieno confronto concorrenziale, evitando che questioni attinenti alla modalità di costituzione o all'adozione di particolari forme giuridiche possano impedire il riconoscimento della soggettività dell'operatore economico offerente, così ostando all'ammissione dell'offerta e diminuendo le possibilità di partecipazione alla gara;

k2) in dottrina: A. TOMASSETTI, *Operatori economici*, Tomo II, *Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, M. A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), Milano, 2019, 569 ss.; F. SCLAFANI, *Gli operatori economici*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., M. CLARICH (a cura di), Torino, 2019, 407 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, cit. 618 ss.; sul raffronto tra la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 36 del 2023 e quella previgente, A. CHIETTINI, *Gli operatori economici*, in *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo codice d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), Molfetta, 2023, 136 ss.;

l) sui vincoli di aggiudicazione e partecipazione:

l1) in dottrina: C. COSTANZI, "Gara suddivisa in lotti, vincolo di aggiudicazione e collegamento societario tra operatori economici: l'esclusione è

rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante”, nota a Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2022, n. 9003, in *ForoNews*, 31 ottobre 2022; C. COSTANZI, *Imprese collegate e vincolo di partecipazione alla gara suddivisa in lotti: un’esegesi (non definitiva) tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici”*, nota a Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2023 n. 8127, in *ForoNews*, 19 settembre 2023;

l2) in giurisprudenza anche: T.a.r. per la Toscana, sez. I, 14 giugno 2024, n. 721; Cons. Stato, sez. III, 8 marzo 2024, n. 2270; 21 ottobre 2022, n. 8990; T.a.r. per la Calabria, sez. I, 27 dicembre 2019, n. 2151; T.a.r. per la Puglia, sez. III, 17 luglio 2019, n. 1038.