

Publicato il 07/06/2022

N. 04625/2022REG.PROV.COLL.  
N. 10847/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10847 del 2021, proposto dalla società All Food S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33;

***contro***

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Creuso, Fabio Pinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Ferasin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Serenissima Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Alberico II, n. 33;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 01410/2021.

.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Zero, di Euroristorazione S.r.l. e di Serenissima Ristorazione S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. A seguito dell'annullamento, da parte del Consiglio di Stato, giusta sentenze n. 1350, n. 1486 e n. 1491 del 2019, della procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione per i fabbisogni di Aziende Sanitarie del Veneto, indetta da Azienda Zero nel 2016, relativamente ai lotti 1, 3 e 6, la medesima stazione appaltante, a seguito di apposita istruttoria, ha indetto, con deliberazione n. 313/2019, una nuova procedura di gara, suddivisa in 6 lotti, per l'affidamento del medesimo servizio per la durata di quattro anni, con opzione di proroga per ulteriori sei mesi, da espletarsi in modalità telematica.

1.1. All'esito della svolta procedura selettiva, cui partecipavano sei operatori, con deliberazione del direttore generale n. 779/2020, la gara è stata aggiudicata, rispettivamente, quanto ai lotti nn. 2 e 6 ad Euroristorazione e, quanto ai lotti nn. 3, 4 e 5, a Serenissima Ristorazione s.p.a. (unico concorrente per i lotti 4 e 5), mentre il lotto n. 1, non essendo pervenuta alcuna offerta, non è stato assegnato.

2. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Veneto, All Food, classificatasi seconda in graduatoria per il lotto n. 6, ha impugnato l'aggiudicazione del lotto 6, a tali fini deducendo, anzitutto, che Serenissima ed Euroristorazione, in ragione delle quote di maggioranza detenute dalla prima (Serenissima detiene il 75 % delle quote sociali di Vegra Camin s.r.l., che a sua volta detiene l'81% delle quote sociali di Euroristorazione) e della coincidenza di due amministratori (il sig. Flavio Massimiliano Faggion è uno degli amministratori delegati e rappresentante di impresa sia di Serenissima che di Euroristorazione ed è anche il Presidente e legale rappresentante della Vegra Camin; quest'ultima annovera poi nel proprio board il sig. Carlo Ernesto Garbin che, oltre ad essere consigliere delegato, è sia uno degli amministratori e rappresentante di Euroristorazione che procuratore speciale di Serenissima), configurerebbero un unico centro di interesse economico imprenditoriale, un vero e proprio gruppo riconducibile ad un unitario centro decisionale. Muovendo da tale premessa, e tenuto conto del vincolo di aggiudicazione di cui all'art. 10 del Disciplinare, che consentiva l'aggiudicazione fino ad un massimo di 3 lotti allo stesso soggetto, dunque, Serenissima non avrebbe potuto aggiudicarsi anche il lotto n. 6, che invece andava assegnato ad All Food, seconda in graduatoria.

2.1. Con il secondo motivo di ricorso, All Food sosteneva che la stazione appaltante, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, avesse effettuato un'istruttoria assolutamente carente, conclusasi con un illegittimo giudizio di congruità dell'offerta di Euroristorazione.

3. Con la sentenza n. 1410/2021 del 24 novembre 2021, qui fatta oggetto di gravame, il TAR per il Veneto ha respinto il ricorso, siccome infondato e inammissibile.

3.1. In particolare, il giudice di prime cure, quanto al primo motivo, ha opposto che *“gli elementi adottati dalla ricorrente All Food non sono tali da inferire l'unicità di centro decisionale e poter considerare le ditte Serenissima ed Euroristorazione come lo “stesso concorrente” ai fini dell'applicazione del vincolo di aggiudicazione come*

*previsto e disciplinato dalla lex di gara*”. Ha soggiunto il TAR che Euroristorazione e Serenissima, infatti, *“dispongono di una propria sede e articolazione aziendale, e, per l'appalto in questione, Euroristorazione ha indicato in offerta (sottoscritta da un soggetto diverso da quello che ha sottoscritto le offerte di Serenissima e in relazione alla quale è stata presentata polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria sottoscritta da diversi soggetti e con diversa compagnia) propri centri cottura (diversi da quelli indicati da Serenissima), proprio personale e propri mezzi ed attrezzature per dare corso alla produzione e alla consegna dei pasti oggetto di gara. E, del resto, nel rispetto dei principi di chiarezza e certezza giuridica per i concorrenti, il vincolo di aggiudicazione, per come previsto dal disciplinare, non può essere esteso fino a ricomprendere tout court anche le imprese appartenenti allo stesso gruppo”*.

3.2. Ad avviso del TAR, inoltre, *“Il secondo motivo di ricorso, relativo alla valutazione di congruità dell'offerta di Euroristorazione, è stato prospettato genericamente e in forma dubitativa nel ricorso introduttivo e non è stato coltivato da All Food, pur dopo la consegna della documentazione richiesta in sede di accesso, per cui va dichiarato inammissibile”*.

4. Avverso il suindicato *decisum*, con il mezzo in epigrafe, All Food ha proposto appello, deducendo l'erroneità della sentenza di primo grado nella sola parte in cui afferma che, nel caso di specie, pur in presenza di un dichiarato rapporto di controllo societario, non sarebbe comprovata, ai fini dell'applicazione del vincolo di aggiudicazione, la configurabilità di un unico centro decisionale tra Euroristorazione e Serenissima. Secondo All Food, infatti, l'esistenza di tale unico centro decisionale sarebbe comprovata dal fatto che Euroristorazione e Serenissima hanno partecipato alla gara presentando offerte in lotti differenti, senza mai competere l'una contro l'altra; a ciò andrebbero aggiunti la situazione di controllo societario e la condivisione, da parte delle due ditte, di due amministratori.

Euroristorazione e Serenissima, dunque, configurando un unico operatore economico, avrebbero aggirato la clausola introduttiva del vincolo di aggiudicazione, secondo cui allo stesso operatore avrebbero potuto essere

aggiudicati un massimo di tre lotti secondo la sequenzialità prevista dal disciplinare.

5. Resiste in giudizio Azienda Zero che, anche riproponendo le eccezioni sollevate in prime cure ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 101 comma 2 c.p.a., ha concluso per il rigetto dell'appello siccome inammissibile e infondato.

5.1. Analoghe conclusioni sono state rassegnate dalle controinteressate Euroristorazione s.r.l. e Serenissima Ristorazione s.p.a.

6. All'esito dell'udienza camerale del 3 febbraio 2022, con ordinanza n. 578 del 4 febbraio 2022, questa Sezione, su sollecitazione della stessa parte appellante, ha disposto l'abbinamento al merito della trattazione dell'istanza cautelare.

7. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

Tanto dispensa il Collegio dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità del suddetto mezzo riproposte, ai sensi dell'articolo 101 comma 2 del c.p.a., dalle parti resistenti.

8. Vale premettere che la gara qui in rilievo trae origine dall'annullamento, da parte di questa Sezione del Consiglio di Stato, giusta sentenze n. 1350, n. 1486 e n. 1491 del 2019, della procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione per i fabbisogni di Aziende Sanitarie del Veneto, indetta da Azienda Zero nel 2016, relativamente ai lotti 1, 3 e 6.

8.1. Per completezza, va altresì precisato che questa stessa Sezione con le sentenze nn. 5593 – 5594 – 5595 del 28.07.2021 rese in esito ai corrispondenti giudizi di ottemperanza ha escluso che la gara odierna costituisse una pedissequa riedizione di quella già annullata, perpetuando cioè i medesimi vizi già accertati nell'organizzazione della precedente selezione.

8.2. Il punto controverso devoluto all'attenzione del Collegio involge l'applicazione dell'art. 10 del disciplinare di gara, introduttivo del vincolo di aggiudicazione, in ragione del quale al concorrente che avesse presentato

offerta in più lotti, avrebbe potuto essere aggiudicato un numero massimo di lotti pari a tre.

Segnatamente, la disposizione in argomento prevede che *“A ciascun Concorrente che ha presentato offerta ed è risultato primo in graduatoria per più Lotti, potranno essere aggiudicati fino ad un massimo di 3 (tre) Lotti, che saranno individuati partendo dal Lotto di maggiore rilevanza economica tra i Lotti per i quali è risultato primo nella graduatoria provvisoria e procedendo in ordine decrescente di rilevanza economica; si riporta di seguito l’elencazione dei lotti in ordine di rilevanza economica: Lotto 1, 2, 5, 3, 4, 6. I restanti Lotti nei quali il Concorrente è risultato primo verranno aggiudicati al Concorrente che segue in graduatoria”*.

La suddetta regola, nell’economia della *lex specialis*, patisce eccezione e *“(…) sarà, quindi, possibile procedere con l’aggiudicazione ad uno stesso Concorrente di un numero di Lotti superiore a 3 (tre) nelle seguenti ipotesi:*

*a) ove detto Concorrente risulti il solo Concorrente ad aver presentato offerta – o comunque il solo nella graduatoria provvisoria - per ulteriori Lotti rispetto ai 3 (tre) Lotti allo stesso aggiudicati attraverso l’applicazione della regola sul limite di aggiudicazione dei Lotti dianzi esposta;*

*b) ove l’offerta di detto Concorrente risulti essere l’unica offerta valida con riferimento ad uno o più Lotti ulteriori rispetto ai 3 (tre) Lotti allo stesso aggiudicati attraverso l’applicazione della regola sul limite di aggiudicazione dei Lotti dianzi esposta; ciò anche nel caso in cui tali ipotesi si verifichi a seguito di una mancata aggiudicazione definitiva di detti Lotti ulteriori”*.

8.3. Orbene, come anticipato nella narrativa in fatto, con deliberazione del direttore generale n. 779/2020, è stata formalizzata l’aggiudicazione, rispettivamente, dei lotti nn. 2 e 6 ad Euroristorazione S.r.l. e dei lotti nn. 3, 4 e 5 a Serenissima Ristorazione S.p.A. (unico concorrente per i lotti 4 e 5), mentre il lotto n. 1, non essendo pervenuta alcuna offerta, non è stato assegnato.

8.4. L’appellante, contesta l’aggiudicazione del lotto n. 6 avvenuta in favore di Euroristorazione s.r.l., lamentando la violazione del suindicato precetto che,

nella prospettazione attorea, avrebbe dovuto essere applicato congiuntamente agli operatori Euroristorazione S.r.l. e Serenissima Ristorazione S.p.A., siccome riconducibili ad un unico centro di interesse, come fatto palese dal fatto che i suddetti operatori – in situazione di controllo societario e con la condivisione di due amministratori - hanno partecipato alla gara presentando offerte in lotti differenti, senza mai competere l'uno contro l'altro.

8.5. Il giudice di prime cure ha, viceversa, opposto, da un lato, che gli elementi adottati da All Food S.p.A. non siano idonei a dimostrare che Euroristorazione S.r.l. e Serenissima Ristorazione S.p.A. configurino un unico centro decisionale ai fini dell'applicazione del vincolo di aggiudicazione come previsto e disciplinato dalla *lex* di gara e, dall'altro, che il suddetto vincolo non possa essere esteso fino a ricomprendere *tout court* anche le imprese appartenenti allo stesso gruppo.

8.6. Quanto al primo aspetto, è *ius receptum* in giurisprudenza, in ragione anche dell'esplicito contenuto precettivo di cui all'art. 80 comma 5 lettera m) del d. lgs. 50/21016, che *“la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 Cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica “relazione, anche di fatto” (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine (recependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto “[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale””* (Consiglio di Stato, V sezione, 4 gennaio 2018, n. 58). Si è al riguardo precisato che *“ciò che deve essere provato [...] è soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte [...]”* (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496). *Ne discende che sulla stazione appaltante grava “il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in*

*concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro"* (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496).

Tanto in aderenza alla sentenza della Corte di Giustizia della Comunità europea, 19 maggio 2009, in causa C-538/07 – che ha affermato il principio secondo cui il diritto comunitario *"osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara"*.

È stato quindi delineato il percorso istruttorio che la stazione appaltante deve svolgere per la verifica della esistenza di un unico centro decisionale: *"a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un 'unico centro decisionale' da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale"* (Cons. Stato, V, 3 gennaio 2019, n. 69, che richiama Cons. Stato, V, 10 gennaio 2017, n. 39).

Si rivela, dunque, dirimente in siffatte evenienze una puntuale verifica sulle concrete implicazioni che un tale rapporto possa avuto sul comportamento degli operatori nell'ambito della specifica procedura di gara e, segnatamente, quanto al confezionamento delle offerte. La ratio della norma è quella, infatti, di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al



medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale.

Ed è nel solco delle suindicate coordinate che il giudice di prime cure ha coerentemente orientato la propria valutazione assegnando peso decisivo al fatto che, in senso contrario alla dedotta unicità di centro decisionale cui ricondurre le offerte presentate da Serenissima ed Euroristorazione nella gara in questione, Euroristorazione e Serenissima dispongono di una propria sede e articolazione aziendale, e, per l'appalto in questione, Euroristorazione ha indicato in offerta (sottoscritta da un soggetto diverso da quello che ha sottoscritto le offerte di Serenissima e in relazione alla quale è stata presentata polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria sottoscritta da diversi soggetti e con diversa compagnia) propri centri cottura (diversi da quelli indicati da Serenissima), proprio personale e propri mezzi ed attrezzature per dare corso alla produzione e alla consegna dei pasti oggetto di gara.

8.7. Di contro, le pur suggestive argomentazioni difensive sviluppate dall'appellante non muovono un'efficace critica al suddetto arresto decisorio, riproponendo in maniera statica le medesime circostanze indizianti dedotte in prime cure senza però ampliare il proprio orizzonte valutativo nella prospettiva più articolata e dinamica che il TAR, in un'ottica sostanziale e in ossequio ai principi confezionati dalla giurisprudenza di settore, ha inteso privilegiare.

A fronte, invero, dell'analisi specifica della struttura organizzativa oltre che delle modalità e dei contenuti delle offerte in comparazione non può di certo ritenersi decisiva, la circostanza della partecipazione degli operatori controinteressati in situazione di controllo tramite l'intermediazione di una società terza a lotti separati siccome di per se stessa non assistita, in mancanza di ulteriori elementi, da una concludente forza dimostrativa di una preliminare e unitaria concertazione delle modalità di partecipazione e di articolazione delle offerte.

9. D'altro canto, non può essere sottaciuto che la tematica del controllo societario risulta qui devoluta, non già in relazione al disposto di cui all'art. 80 comma 5 lettera m) del d. lgs. 50/21016, la cui finalità pro concorrenziale si esaurisce all'interno della singola procedura di gara, bensì in relazione alle concrete modalità di declinazione della regola di cui all'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, che oltretutto introduce il vincolo di aggiudicazione in termini di mera possibilità e non di obbligo per le stazioni appaltanti, rimettendo alla discrezionalità di queste ultime ogni decisione sull'*an* e il *quomodo* di tale misura (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. III, n. 4289/2020).

Nella suddetta prospettiva, e che tiene conto del fatto che la suddivisione in lotti non comporta l'indizione di un'unica gara, ma di tante gare quanti sono i lotti individuati dalla *lex specialis*, non può che privilegiarsi un'esegesi dell'articolo 10 del disciplinare di gara rigorosamente coerente con il suo significato letterale che risulta calibrato in relazione a ciascun concorrente di guisa che non può ritenersi qui predicabile – in mancanza di un evidente aggiramento elusivo del precetto di gara - un'impropria estensione dell'ambito operativo del relativo contenuto precettivo sino a ricomprendere fattispecie non contemplate dalla legge di gara, quale quella di concorrenti distinti ancorché facenti parte di un medesimo gruppo.

Si è, infatti, efficacemente evidenziato che *Sebbene non si possa escludere a priori che, nell'esercizio della discrezionalità dell'art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante, a determinate condizioni, estenda il c.d. vincolo di aggiudicazione alle imprese appartenenti allo stesso gruppo, ove ciò non sia previsto dalla legge di gara non è 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 situazioni di collegamento* (cfr., in tal senso, Cons. Stato, V, 12 gennaio 2017, n. 52; 18 marzo 2021 n. 2350). Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto.

Le spese in ragione della novità in fatto e della obbiettiva controvertibilità della questione scrutinata possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), 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 26 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Umberto Maiello**

**IL PRESIDENTE**  
**Massimiliano Noccelli**

IL SEGRETARIO