Pubblicato il 23/11/2023

N. 10057/2023REG.PROV.COLL.
N. 03289/2023 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3289 del 2023, proposto da

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 93350506F4, rappresentata e difesa dagli avvocati Giulio Napolitano ed Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giulio Napolitano in Roma, via XXIV Maggio, 43;

contro

Consorzio Stabile Europeo Multiservice, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

L'Operosa s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

I.F.M. - Italiana Facility Management s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 03715/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Europeo Multiservice e l'appello incidentale da questo proposto, nonché gli atti di intervento di L'Operosa s.p.a. e di I.F.M. - Italiana Facility Management s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2023 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Napolitano, Leonetti, Lentini, e Tomaselli in sostituzione di Brugnoletti e Marzot;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guue il 29 luglio 2022, Rete Ferroviaria Italiana - Rfi s.p.a. indiceva procedura di gara, suddivisa in sei lotti, per la stipulazione di un accordo quadro per la prestazione dei servizi di *facility management* nei complessi immobiliari di stazioni ricadenti nelle località di giurisdizione della stessa Rfi.
2. Il Consorzio Stabile Europeo Multiservice - CEM, deducendo di essere un operatore di piccole dimensioni rientrante fra le micro, piccole e medie imprese (cd. "Mpmi"), impugnava la *lex specialis* ritenendola preclusiva alla propria partecipazione alla gara e muovendo al riguardo varie censure di legittimità in ordine sia alla conformazione quali-quantitativa dei lotti, sia ai requisiti partecipativi previsti, sia all'incidenza dei costi della manodopera.
3. Con successivo provvedimento pubblicato il 7 ottobre 2022, la stazione appaltante apportava alcune modifiche alla *lex specialis* di gara, prevedendo in particolare la possibilità di far ricorso al subappalto necessario per l'integrazione di alcuni requisiti partecipativi, lo "spacchettamento" di alcuni dei requisiti, e altre

correlate misure volte a favorire il coinvolgimento nella procedura anche di operatori di più piccole dimensioni.

Avverso tale modifica il ricorrente proponeva motivi aggiunti con i quali, reiterando in parte le doglianze già svolte con ricorso, deduceva in aggiunta che neanche le nuove misure previste e la possibilità di far ricorso al subappalto qualificante avrebbero fatto venir meno l'illegittimo carattere preclusivo della complessiva configurazione della gara.

4. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza di Rfi, superate le eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione, accoglieva il ricorso e i motivi aggiunti annullando i provvedimenti gravati.

Per quanto di rilievo il giudice di primo grado, ritenendo che la valutazione circa la concreta suddivisione in lotti sia ben sindacabile in sede giurisdizionale, in quanto relativa alla effettiva possibilità partecipativa delle Mpmi, reputava che, nella specie, la suddivisione in lotti di così elevata dimensione richiedesse un'adeguata motivazione, qui non espressa dalla stazione appaltante, né era ammissibile al riguardo una motivazione postuma in sede processuale.

Inoltre i lotti previsti, viste la loro elevate dimensioni, ricomprendevano stazioni ferroviarie giocoforza eterogenee, sicché non era ragionevole la motivazione - incentrata sul criterio guida della "omogeneità" nella configurazione dei lotti - addotta da Rfi in giudizio.

La scelta adottata risultava inoltre violativa del principio di proporzionalità; in tale contesto, la sentenza riteneva altresì non ragionevole, quale elemento motivazionale a fondamento della determinazione amministrativa, il richiamo alla più agile gestione di un minor numero di contratti, né reputava motivata la ponderazione degli interessi svolta al riguardo.

Lo stesso valeva per i requisiti di qualificazione richiesti, con pretesa dell'iscrizione nel registro *ex* art. 3 d.m. n. 274 del 1997 nella fascia più elevata (*sub* "*L*") e della la licenza prefettizia per il livello dimensionale e ambito territoriale *sub* "*4*".

Né di per sé valeva a superare l'illegittimità riscontrata la sopraggiunta modifica che ammette il ricorso al subappalto necessario e alla partecipazione in forma plurisoggettiva alla gara.

Il Tar assorbiva infine le residue censure proposte dalla ricorrente.

5. Avverso la sentenza ha proposto appello Rfi deducendo:

I) *error in iudicando*: inammissibilità del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti per carenza di interesse ad agire; violazione e falsa applicazione dell'art. 100 Cod. proc. civ.; violazione e falsa applicazione dell'art. 47 d.lgs. n. 50 del 2016, della Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003, nonché dei principi generali in materia di gare; eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, travisamento dei fatti e manifesta iniquità;

II) *error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo e il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti; violazione e falsa applicazione del considerando n. 78 e dell'art. 46 della direttiva 2014/24/UE, nonché degli artt. 30, 51, 83 e 95 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 34 Cod. proc. amm.; violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di gare; eccesso di potere per irragionevolezza, travisamento dei fatti e manifesta iniquità;

III) *error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso principale e dei motivi aggiunti; violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 51, 83, 95 d.lgs. n. 50 del 2016 nonché dei principi in materia di gare; violazione e falsa applicazione dell'art. 34 Cod. proc. amm.; eccesso di potere per irragionevolezza, travisamento dei fatti e manifesta iniquità.

6. Resiste all'appello il Consorzio CEM, che ripropone i motivi di primo grado assorbiti dal Tar, anche nella forma cautelativa dell'appello incidentale se la decisione di primo grado avesse inteso, in qualche modo erroneamente, dichiarare la carenza di interesse del CEM anche a tali censure.

7. Sono inoltre intervenute *ad adiuvandum* dell'amministrazione L'Operosa s.p.a. e I.F.M. - Italian Facility Management s.p.a., entrambe nella loro qualità di concorrenti che hanno partecipato alla procedura di gara contestata e che hanno interesse al suo mantenimento, con riforma quindi della sentenza che ne ha disposto l'annullamento.

Le intervenienti resistono anche - così come Rfi - all'appello incidentale di CEM.

8. All'udienza pubblica del 26 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dal CEM stante il rigetto nel merito dell'appello principale.

2. Col primo motivo d'impugnazione l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel non dichiarare inammissibile il ricorso, considerato che il ricorrente non aveva indicato le dimensioni del "lotto minimo" che gli avrebbero consentito di partecipare alla gara, né aveva dimostrato il possesso dei requisiti necessari per partecipare a una procedura diversamente configurata; allo stesso modo, non risultava provata la qualificazione del Consorzio CEM alla stregua di Mpmi.

Anzi, nella specie il Consorzio non sarebbe qualificabile in termini di Mpmi, atteso che non ha mai fornito evidenza della sua capacità di partecipare alle gare attraverso requisiti propri: per questo, operando necessariamente attraverso i requisiti delle proprie consorziate, il Consorzio deve essere apprezzato nelle sue dimensioni quali-quantitative attraverso il cumulo dei dati delle imprese che vi partecipano.

In ogni caso, il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare il proprio interesse all'impugnativa, non valendo a tal fine la sola (eventuale) qualificazione in termini di Mpmi, ma occorrendo piuttosto dimostrazione della concreta incidenza lesiva degli atti di gara per la propria partecipazione.

Peraltro, grazie al cumulo dei requisiti previsto dal disciplinare di gara, il Consorzio CEM avrebbe nella specie ben integrato il requisito di qualificazione in cd. "fascia *L*" per i servizi di pulizia.

2.1. Il motivo non è condivisibile.

2.1.1. Occorre premettere che, per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, i consorzi stabili *ex* art. 45, comma 2, lett. *c)*, d.lgs. n. 50 del 2016 costituiscono operatori economici provvisti di autonoma personalità giuridica, distinta dalle imprese consorziate, e si configurano come aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e che, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto (cfr. Cons. Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Al riguardo, per poter attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile è essenziale la sussistenza del cd. "elemento teleologico", ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nel relativo statuto, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate (cfr. Cons. Stato, V, 18 ottobre 2022, n. 8866; 17 gennaio 2018, n. 276).

Presupposto indefettibile, a tal fine, è l'esistenza di un'azienda consortile, intesa nel senso civilistico di «*complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*» (Cons. Stato, V, 7 novembre 2022, n. 9752); in tale prospettiva, "*il consorzio stabile, proprio perché dotato di personalità giuridica* […]*, implica la costituzione di un'autonoma struttura consortile e il rapporto intercorrente tra consorzio ed imprese consorziate può essere ricondotto al rapporto tra società commerciale e socio, ove lo strumento associativo assume una sua completa autonomia*" (Cons. Stato, n. 8866 del 2022, cit.; cfr. anche Id., V, 29 settembre 2023, n. 8592, in cui si pone in risalto che il consorzio stabile "*si colloca in una posizione intermedia fra le associazioni temporanee e gli organismi societari risultanti dalla fusione di imprese*", e si evidenzia anche "*l'autonomia, sul piano giuridico ed organizzativo, del consorzio rispetto alle imprese consorziate*").

In virtù della sua configurazione giuridica, il consorzio stabile può dunque partecipare alle procedure di gara in nome e nell'interesse proprio, oltre che anche nell'interesse di tutti o solo di alcuni consorziati (Cons. Stato, n. 9752 del 2022, cit.); tanto che la Corte di giustizia è giunta ad ammettere la contemporanea partecipazione alla gara del consorzio stabile e della consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia, pertanto, concordato la presentazione dell'offerta (cfr. Cgue, 23 dicembre 2009, causa C-376/08).

Discende da ciò che, chiaramente - al di là del particolare regime sulle modalità d'integrazione dei requisiti - il consorzio stabile configura a tutti gli effetti un operatore economico in grado di partecipare *autonomamente* e (anche) *in proprio* a procedure di gara.

Alla luce di ciò, ha ben ragione di porsi il quesito sul se sia possibile qualificare il consorzio stabile alla stregua di una Mpmi in presenza dei corrispondenti requisiti dimensionali misurati sulla struttura aziendale *propria* del consorzio, prescindendo cioè dai dati (di personale, fatturato e bilancio, rilevanti ai fini della qualificazione della Mpmi come tale) delle imprese consorziate.

Il che assume rilievo - è bene sin da subito chiarire - perché la disciplina sulla suddivisione in lotti e relativo importo prevista dall'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016 e valorizzata dal giudice di primo grado per giungere alla conclusione dell'illegittimità della *lex specialis* impugnata, è finalizzata proprio a «*favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese*», «*in modo* [cioè] *di garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte*» di tali categorie di operatori.

Per questo, salvi gli altri profili di doglianza sollevati dall'amministrazione, la qualificazione del Consorzio CEM alla stregua di Mpmi ben assume rilievo in relazione alle conclusioni accolte dal Tar, basate proprio sul riconoscimento di tale qualificazione ai fini dell'applicazione dell'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 *in parte qua* e relativi principi, qualificazione che proprio perciò l'appellante invece contesta.

2.1.2. L'art. 3, comma 1, lett. *aa)*, d.lgs. n. 50 del 2016 individua le «*microimprese, piccole e medie imprese*» nei seguenti termini: «*le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro*».

Al riguardo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che "*Il legislatore ha considerato rilevanti per la qualificazione giuridica di 'PMI' gli indici elencati nell'art. 2 dell'allegato alla citata Raccomandazione - segnatamente, quelli occupazionale e del fatturato annuo, ovvero, in alternativa, del bilancio - senza distinguere ai fini del calcolo dei predetti indici tra «impresa autonoma», «impresa associata» e «impresa collegata» (come invece si*

fa nel successivo art. 3 dell'allegato alla Raccomandazione), e senza neppure richiamare l'art. 6 dello stesso allegato, relativo alla determinazione dei dati dell'impresa.

La lettera della disposizione è chiara in tal senso: viene richiamata genericamente la definizione di 'microimprese, piccole e medie imprese' riportata nella Raccomandazione relativa alla definizione delle micro-imprese, piccole e medie imprese, per poi specificare in modo puntuale («In particolare, sono medie imprese […]») gli indicatori necessari e sufficienti ai fini della qualificazione delle 'PMI' (effettivi, dati di bilancio e fatturato) e senza attribuire alcuna rilevanza giuridica ad eventuali forme di controllo o di collegamento con soggetti estranei alla gara ai fini dell'imputazione dei predetti criteri dimensionali" (Cons. Stato, VI, 2 settembre 2022, n. 7667); né ciò contrasta con il primato delle fonti del diritto dell'Ue, atteso che "*La Raccomandazione è* […] *un atto cui difetta un'efficacia precettiva diretta, generale ed erga omnes, consistendo, come è noto, in un'esortazione a tenere un certo comportamento suggerito, senza neppure obbligo di risultato (l'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea recita: «[…] Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti»)*" (Cons. Stato, n. 7667 del 2022, cit.).

Per questo, una volta qualificato il consorzio stabile quale operatore economico autonomo, in grado di partecipare in proprio alle gare, tanto basta per concludere che lo stesso può ben assumere la veste di Mpmi, che *ex* art. 3, comma 1, lett. *aa)*, d.lgs. n. 50 del 2016 si ricava dai soli dati individuali della (singola) impresa.

Ciò senza considerare peraltro che, nel caso di specie, anche a voler far riferimento alla Raccomandazione n. 2003/361/CE nei termini richiamati dall'appellante e dalle parti intervenute, non muterebbe la qualificazione del Consorzio CEM quale Mpmi, atteso che, a norma dell'art. 3, par. 2, all. 1) a tale Raccomandazione, "*Si definiscono «imprese associate»* [rispetto alle quali il calcolo delle soglie per la qualificazione in termini di Mpmi viene eseguito diversamente, a norma del successivo art. 6, par. 2] *tutte le imprese non identificabili come imprese collegate ai sensi del paragrafo 3 e tra le quali esiste la relazione seguente: un'impresa (impresa a monte) detiene, da sola o insieme a una o più imprese collegate ai sensi del paragrafo 3, almeno il 25 % del capitale o dei diritti di voto di un'altra impresa (impresa a valle)*".

Perché possa esservi un regime di "*imprese associate*" occorre dunque che una partecipi, da sola o insieme a imprese "*collegate*", almeno per il 25% nel capitale

dell'altra, ovvero vi detenga altrettanti "*diritti di voto*"; il che non è tuttavia dimostrato nel caso di specie fra il Consorzio CEM e le sue consorziate, sicché anche per tal via non vi sarebbero elementi tali da sovvertire la qualificazione del detto Consorzio alla stregua di Mpmi.

Nella specie, non è contestato d'altra parte che il Consorzio CEM ben integri nella sua distinta e autonoma struttura aziendale i requisiti necessari a una Mpmi; e tanto basta, per quanto sin qui osservato, a ritenerlo una Mpmi ai fini qui in rilievo.

2.1.3. Quanto sopra è sufficiente a ritenere ammissibile il ricorso di primo grado, volto a censurare la configurazione della procedura a fronte di lotti di dimensione e conformazione tale da pregiudicare la partecipazione delle Mpmi (cfr. Cons. Stato, III, 1 aprile 2022, n. 2409, in cui, nel citare alcuni precedenti, si pone in risalto che la "*qualificazione soggettiva, di PMI, indubbiamente costituisce un fattore di legittimazione a sé stante*"; n tal senso già Id., 9 febbraio 2021, n. 1193; 30 settembre 2020, n. 5746).

I parametri di legittimità invocati per censurare l'azione amministrativa (in specie l'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 e relativi principi) richiamano infatti di per sé, in varia forma, il *favor partecipationis* rispetto alle Mpmi, che queste possono dunque *ex se* invocare nel caso di configurazione dimensionale e strutturale della gara tale da pregiudicarne la partecipazione.

Né peraltro vi sono dubbi, nella specie, sul fatto che una Mpmi non possa partecipare, da sola, alla procedura, essendo all'uopo sufficienti a dimostrarlo i dati di fatturato inerenti ai prescritti requisiti di capacità economica e finanziaria.

In tale contesto, non vale il richiamare, in senso inverso, il regime dell'integrazione dei requisiti secondo il meccanismo del cd. "cumulo alla rinfusa" (su cui cfr., recentemente, Cons. Stato, V, 4 luglio 2023, n. 6533; Id., n. 8592 del 2023, cit.; Id., III, 9 ottobre 2023, n. 8767).

Sebbene infatti vi sia certamente un collegamento tra le dimensioni dei lotti (e della gara) e i requisiti partecipativi, la critica mossa dal Consorzio CEM nella veste di Mpmi - pur correlata al profilo dei requisiti in relazione alle singole prestazioni, rispetto a cui peraltro il Consorzio ha formulato anche autonome censure - riguarda anzitutto la possibilità in sé di partecipare autonomamente alla gara, anche a mente della configurazione del lotto funzionale eterogeneo concepito, che,

prevedendo l'integrazione dei servizi, accorpa attività e funzioni diverse, cui una Mpmi non sarebbe in grado di accedere da sola (cfr. Cons. Stato, n. 2409 del 2022, cit., che richiama anche, quali possibili elementi pregiudizievoli ai fini della partecipazione, la "*difficoltà progettuale a formulare l'offerta tecnica*", o l'"*impedimento a sostenere l'impegno economico della commessa*").

Il che - a prescindere da valutazioni di merito sulla fondatezza dell'assunto - è in sé ben ammissibile, avendovi il Consorzio CEM interesse e legittimazione appunto quale Mpmi.

3. Col secondo motivo di gravame l'appellante si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nell'accogliere le doglianze del Consorzio CEM e ritenere illegittima la strutturazione della gara operata da Rfi in difetto di adeguata motivazione espressa dalla stazione appaltante.

Al contrario, la scelta della suddivisione in lotti della commessa e l'individuazione della loro dimensione presenta carattere discrezionale; nella specie Rfi ha peraltro previsto vari strumenti idonei ad ampliare la partecipazione alla gara, fra cui il subappalto necessario in funzione qualificante, la massima estensione delle possibilità di partecipazione in forma aggregata, il cd. "vincolo di aggiudicazione", e le altre misure in ordine alla modulazione dei requisiti.

D'altra parte, l'art. 51 d.lgs. n. 50 del 2016 non impone alle stazioni appaltanti alcuno specifico onere motivazionale in ordine al dimensionamento e alla modulazione dei lotti, e ciò in coerenza con la normativa eurounitaria che afferma univocamente la libertà di scelta dell'amministrazione al riguardo.

A ciò si aggiunga che Rfi ha comunque fornito in giudizio una ragionevole e proporzionata motivazione (non qualificabile come *postuma*, proprio perché non sussisteva alcun obbligo di legge che imponesse in radice la motivazione sulla conformazione dei lotti) sul dimensionamento dei lotti di gara, volto in specie a migliorare la qualità dei servizi e la celerità ed efficienza degli interventi, oltreché ad assicurare un contenimento dei costi e il superamento delle inefficienze registrate in passato a fronte di una gestione integrata e frammentaria dei servizi. Il tutto attraverso l'accorpamento di stazioni funzionalmente omogenee, così da

definire un unico *standard* per la gestione dei servizi per ciascun complesso immobiliare.

In tale contesto, l'affermazione del Tar in base alla quale non vi sarebbe omogeneità fra le stazioni di ciascun lotto costituirebbe un'invasione della sfera di merito riservata a Rfi e sarebbe comunque in sé errata, atteso che la stazione appaltante ha inteso prediligere l'omogeneità "tra i lotti", non già per singolo lotto.

Il che parimenti vale per il requisito della proporzionalità, se si considera appunto il fatto che la *lex specialis* consente attraverso svariati strumenti la partecipazione alla gara delle Mpmi.

3.1. Il motivo non è condivisibile, pur con le precisazioni che seguono.

3.1.1. È noto come il regime relativo alla suddivisione in lotti delle pubbliche commesse assolva essenzialmente a una funzione pro-concorrenziale, e in specie di *favor partecipationis* per l'accesso alle gare delle Mpmi, obiettivo, questo, perseguito su più livelli e con strumenti diversificati tanto dal legislatore interno quanto da quello eurounitario (cfr. al riguardo, *inter multis*, da ultimo Cons. Stato, III, 24 ottobre 2023, n. 9205; V, 15 febbraio 2023, n. 1607).

In tale prospettiva, l'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, già richiamato, stabilisce la regola per cui «*Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*».

La disposizione vale a stabilire non già un obbligo assoluto e inderogabile di suddivisione in lotti, bensì un *favor* per tale suddivisione, anch'essa - come già

posto in risalto - a beneficio delle Mpmi (*inter multis*, cfr. Cons. Stato, V, 7 febbraio 2020, n. 973; 27 novembre 2020, n. 7455; III, 14 ottobre 2020, n. 6209; 30 settembre 2020, n. 5746; IV, 19 giugno 2023, n. 5992).

Tale *favor*, in conformità con quanto previsto dall'art. 46, par. 1, direttiva 2014/24/Ue (si precisa sin d'ora: non applicabile alla fattispecie, in quanto l'appalto controverso rientra nei settori speciali, *ex* artt. 114, comma 2 e 118 d.lgs. n. 50 del 2016, essendo sottoposto all'applicazione della direttiva 2014/25/Ue, come emerge anche dal bando di gara), si traduce *ex* art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 nell'obbligo di legge in capo alle amministrazioni di fornire «*motiva*[zione della] *mancata suddivisione dell'appalto in lotti*», motivazione che deve essere espressa nell'ambito di alcuni precisi atti della procedura, e cioè il «*bando di gara o* [la] *lettera di invito e* [la] *relazione unica*» (art. 51, comma 1, cit.).

Come posto in risalto dall'appellante, tale disposizione non trova diretta applicazione nel caso di specie: suo presupposto applicativo è infatti la «*mancata suddivisione dell'appalto in lotti*», nella specie assente, proprio perché l'appalto è stato ripartito in sei lotti funzionali (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, 20 settembre 2021, n. 6402, in cui si pone in risalto che "*a chi si adegua ad un precetto non si può richiedere (né è lecito attendersi) alcuna giustificazione perché la condotta conforme al precetto è la forma con la quale il destinatario manifesta la sua adesione ad esso. Al contrario, è colui che non si adegua che deve giustificarsi per evitare la sanzione. E la giustificazione può consistere nella prova di trovarsi in uno dei casi in cui la regola fa eccezione*").

Il che non implica tuttavia che, per il solo fatto di aver previsto una suddivisione in lotti, l'amministrazione sia *sic et simpliciter* esonerata da ogni dovere istruttorio e motivazionale al riguardo e in ordine alla configurazione della procedura (cfr., recentemente, Cons. Stato, n. 9205 del 2023, cit.); al contrario, vuol significare soltanto che la stazione appaltante non è tenuta in tal caso a motivare il fatto di avere scelto (nell'*an*) la ripartizione della gara in lotti (prediletta dalla legge), ma non implica anche che la stessa stazione appaltante non sia tenuta per questo, *ipso facto*, a manifestare alcunché in ordine alla *conformazione* dei lotti e *strutturazione* della gara.

Come affermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, al pari di qualsiasi scelta della pubblica amministrazione, anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa, e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca a circoscrivere tale sindacato nei consueti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria (Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038; VI, 2 gennaio 2020, n. 25).

Il che, evidentemente, non può non valere anche per la *conformazione* dei lotti, sul piano qualitativo e dimensionale, anch'essa espressiva appunto di esercizio di discrezionalità tecnico-economica, che deve risultare ragionevole e proporzionato (e, previamente, adeguatamente istruito), anche a mente della previsione per cui «*Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*» (art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016).

In tale prospettiva, seppure - al pari della scelta di suddividere la gara in lotti, in sé non inderogabile - "*in caso di frazionamento le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a dimensionare i lotti a misura delle PMI*", posto che "*non si rinviene né nella normativa nazionale né nella direttiva 24/2014/UE l'obbligo di suddividere l'appalto in lotti e di dimensionare i lotti in modo da garantire la partecipazione alle PMI*" (Cons. Stato, III, 28 dicembre 2020, n. 8440), nondimeno occorre che la scelta (discrezionale) effettuata sia rispettosa dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza istruttoria (Cons. Stato, n. 1038 del 2017, cit.), e conseguentemente sia sorretta da un'adeguata motivazione che di ciò dia conto e costituisca espressione (cfr. Cons. Stato, n. 8440 del 2020, cit.; Id., III, 21 marzo 2019, n. 1857; 4 marzo 2019, n. 1491 e 1486; 26 febbraio 2019, n. 1350; 26 settembre 2018, n. 5534 e n. 5528, tutte relativi a fattispecie con una pluralità di lotti).

Ne consegue che, in caso di prevista suddivisione in lotti, sebbene non trovi diretta applicazione l'obbligo di motivazione di cui all'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, nondimeno la scelta discrezionale fatta propria dall'amministrazione nel

conformare e dimensionare i lotti non potrà essere irragionevole, sproporzionata o carentemente istruita, e dunque per tale via - e in tale specifica prospettiva - dovrà risultare *motivata*.

Il che trova peraltro spiegazione e giustificazione anche nel portato parzialmente diverso che il dovere motivazionale assume nelle due ipotesi: mentre in caso di opzione per il lotto unico l'amministrazione è tenuta di per sé a motivare *ex lege* il perché della scelta di *non* operare una ripartizione in lotti, e dunque (anche) di riservarsi un unico interlocutore nell'affidamento, nel caso di (accolta) suddivisione, è chiamata piuttosto a una determinazione proporzionata, ragionevole e ben istruita sul *quomodo* della suddivisione, e che per tale via e con tale prospettiva deve essere dunque adeguatamente motivata.

Difatti, un'immotivata scelta di confezionamento di lotti d'importo spropositato, ovvero di aggregazione nel medesimo lotto di prestazioni eterogenee e non funzionalmente collegate, può risultare sproporzionata od irragionevole, e dunque illegittima (cfr., rispettivamente, Cons. Stato, n. 1038 del 2017, cit.; n. 1607 del 2023, cit.; Id., V, 27 novembre 2020, n. 7455; III, 6 aprile 2020, n. 2293; n. 6209 del 2020, cit.; Id., V, n. 793 del 2020, cit.; nonché Cons. Stato, V, 27 dicembre 2017, n. 6087; V, 26 giugno 2017, n. 3110), tenuto conto peraltro che ai sensi dell'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 è fatto divieto alle stazioni appaltanti, non solo di suddividere in lotti la commessa a fini elusivi dell'applicazione del codice dei contratti pubblici, ma anche di «*aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti*».

3.1.2. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie, emerge l'infondatezza del motivo di gravame proposto dall'amministrazione.

Nella specie, s'è in presenza infatti di 6 lotti di dimensioni molto consistenti (*i.e.*, importi compresi tra € 92.633.874,85 ed € 147.842.334,78), su esteri ambiti territoriali, e che accorpano insieme prestazioni diverse, relative a servizi di manutenzione, servizi di pulizia, vigilanza non armata, oltreché prestazioni di cui alle categorie OG1, OG11, OS4 e OS28.

Il che, come già posto in risalto, è ben possibile laddove la scelta risulti proporzionata e ragionevole, ciò che presuppone un'adeguata istruttoria da parte

dell'amministrazione, manifestata e resa palese attraverso una corrispondente motivazione.

Di una siffatta istruttoria e motivazione non v'è tuttavia traccia, nel caso di specie, fra gli atti del procedimento relativo alla gara, sicché la stessa ponderatezza e ragionevolezza della scelta non può essere valutata, prevalendo l'elemento della emergente carenza istruttorio-motivazionale.

Né possono rilevare a tal fine le deduzioni svolte dall'amministrazione in sede processuale, inidonee a sopperire alla carenza istruttorio-motivazionale dei provvedimenti, occorrendo al riguardo appunto una motivazione *provvedimentale* vera e propria, ai fini suindicati (benché non necessariamente nelle specifiche *sedes* prescritte dal citato art. 51, comma 1 per il caso dell'unico lotto, sebbene comunque in termini adeguatamente accessibili) cui non possono evidentemente sopperire le argomentazioni e difese svolte in giudizio (cfr., proprio in relazione alla motivazione sulla conformazione dei lotti di gara, Cons. Stato, n. 1857 del 2019, cit.).

Allo stesso modo, non può assumere di per sé rilievo per superare i profili suindicati, correlati al vaglio di ragionevolezza e adeguatezza istruttoria sulla dimensione e conformazione dei lotti, il solo richiamo alle altre misure adottate nella *lex specialis* ai fini dell'apertura agli operatori di più modeste dimensioni, quali il subappalto qualificante, il vincolo di aggiudicazione o lo "spacchettamento" di alcuni requisiti, trattandosi appunto di misure secondarie che non obliterano la necessità di adeguatezza istruttoria e motivazionale sulla conformazione dei lotti in sé.

Per quanto suesposto, non rilevano infine i richiami alla diversa configurazione degli obblighi motivazionali a carico dell'amministrazione nell'ambito dei settori speciali, e in specie alla mancata previsione nell'art. 65, par. 1, direttiva 2014/25/Ue di un vincolo in tal senso in caso di mancata suddivisione in lotti, tanto che sarebbe rinvenibile un'ipotesi di *gold plating* nella previsione di un siffatto obbligo anche per i settori speciali a norma dell'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 (in tal senso, cfr. Cons. Stato, Relazione allo Schema definitivo Codice dei contratti pubblici, di cui oggi al decreto legislativo n. 36 del 2023, *sub* art. 141).

Alla luce di quanto osservato, infatti, non già alla previsione dell'art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 in sé (non direttamente applicabile alla fattispecie) è riconducibile qui il dovere dell'amministrazione di svolgere adeguata istruttoria, di cui esprimere corrispondente evidenza motivazionale, bensì all'esercizio del potere discrezionale nella conformazione dei (vari) lotti, soggetto come tale - a prescindere dallo specifico obbligo motivazionale posto dalla legge in relazione alla scelta di *non* prevedere lotti e acquisire un unico interlocutore - a sindacato di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza istruttoria, e quindi a correlato onere motivazionale.

4. Col terzo motivo di gravame, l'appellante si duole dell'analogo errore commesso dal giudice di primo grado nel ritenere illegittimi i requisiti partecipativi stabiliti dall'amministrazione.

Una volta dimostrata la legittima suddivisione in lotti della gara, anche l'affermazione dell'illegittimità (in via correlata e consequenziale) dei requisiti, fra cui anche quello della licenza prefettizia *ex* art. 134 T.u.l.p.s., verrebbe travolta.

Nella specie i requisiti richiesti da Rfi non presentavano carattere irragionevole o sproporzionato, risultando coerenti con la complessità dell'oggetto dell'appalto e perciò insindacabili in base a criteri di opportunità.

Né peraltro detti requisiti risultavano effettivamente preclusivi alla partecipazione delle Mpmi: è il caso del fatturato (motivatamente) richiesto e che non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, così come dei requisiti di capacità tecnico-professionale, considerato che lo stesso Consorzio CEM sarebbe in grado, nella specie, di qualificarsi per i servizi di pulizia, mentre per quelli di vigilanza era consentito lo "spacchettamento", e quindi sostanzialmente il possesso solo in capo agli operatori che eseguivano effettivamente il servizio.

4.1. Il motivo non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

4.1.1. In particolare, la doglianza va respinta in conseguenza dei vizi ravvisati nella conformazione dei lotti, giacché anche la conseguente e correlata individuazione dei requisiti partecipativi risulta illegittima, per le medesime ragioni e nei medesimi termini suesposti, essendo detti requisiti modellati sulla base delle dimensioni e

della conformazione tipologico-qualitativa dei lotti, affette dai vizi istruttorio-motivazionali sopra posti in risalto.

In tale contesto, le doglianze inerenti alla intrinseca coerenza e proporzionalità dei requisiti rispetto al dimensionamento della gara, così come della loro singola motivazione, risultano *ex se* travolte dalla rilevata illegittimità di quest'ultimo, nei termini suesposti, né tali requisiti possono essere resi legittimi di per sé per effetto di previsioni agevolative quali lo "spacchettamento" o il subappalto necessario, occorrendo piuttosto, a monte, la legittimità in sé del requisito in funzione e rapporto alla conformazione dei lotti, nei sensi suindicati, con assorbimento perciò di ogni altro profilo di censura al riguardo.

5. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello principale va respinto, con conseguente dichiarazione d'improcedibilità per carenza d'interesse dei motivi riproposti, anche nella forma dell'appello incidentale (nonché delle contrapposte eccezioni preliminari), cui il Consorzio CEM non ha effettivamente (né ha argomentato) autonomo interesse, trattandosi appunto della riproposizione di motivi di ricorso rimasti assorbiti e che non assumono rilievo per lo stesso Consorzio una volta confermato l'annullamento dei provvedimenti gravati.

5.1. La peculiarità della fattispecie e la complessità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale;

Compensa le spese del presente grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO