

Publicato il 19/03/2024

N. 00078/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00260/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 260 del 2023, proposto da Mar Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Bracci, Patrizio Giordano, Giuseppe Imbergamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aca S.p.A. in *House Providing*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Passeri Mencucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento del 22.08.2023, con cui l'Azienda Comprensoriale Acquedottistica S.p.A. in *House Providing* ha escluso Mar Appalti S.r.l. dai lotti nn. 2 e 3 dalla procedura per l'affidamento dell'“*accordo quadro – suddiviso in quattro lotti - per il rifacimento di tratti di rete idrica e allacciamenti, riparazione perdite, scavi per verifica rilievi reti esistenti e verifica allacci nei comuni di Pescara, Chieti, Francavilla al Mare, Silvi, Montesilvano, Città S. Angelo*”;

- ove occorra, dell'avviso con cui l'Azienda Comprensoriale Acquedottistica S.p.A. *in House Providing* ha comunicato che “sul portale della scrivente società, nella sezione “Amministrazione trasparente”, è stato pubblicato il provvedimento che ha disposto in merito alle ammissioni ed esclusioni”;
- del verbale di gara n. 3 del 21.08.2023 “*con riferimento ai lotti 2 e 3, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera m) del D.Lgs. n. 50/2016, avendo rinvenuto nella documentazione di gara, di entrambi i concorrenti prima citati, un file (relazione tecnica) simile, sia nei contenuti che nella forma, tale da far sorgere un chiaro indizio della presenza di un unico centro decisionale*”;
- della segnalazione all'ANAC Prot. 19426/PROT del 29.08.2023, riguardante l'esclusione dal lotto n. 2;
- della segnalazione all'ANAC Prot. 19427/PROT del 29.08.2023, riguardante l'esclusione dal lotto n. 3;
- ove occorra, del rigetto, non conosciuto ed eventualmente tacito, dell'istanza di autotutela presentata da Mar Appalti S.r.l.;
- di ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Aca S.p.A. *in House Providing*;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2024 il dott. Giovanni Giardino e uditi per le parti i difensori Patrizio Giordano, Lorenzo Mencucci Passeri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società MAR APPALTI S.R.L. ha partecipato, limitatamente ai lotti n. 2 e 3, alla procedura di gara per l'affidamento dell'“*accordo quadro – suddiviso in*

quattro lotti - per il rifacimento di tratti di rete idrica e allacciamenti, riparazione perdite, scavi per verifica rilievi reti esistenti e verifica allacci nei comuni di Pescara, Chieti, Francavilla al Mare, Silvi, Montesilvano, Città S. Angelo” indetta dall’Azienda Comprensoriale Acquedottistica S.p.A. in House Providing.

Con l’odierno gravame la ricorrente ha adito l’intestato Tribunale per l’annullamento di tutti gli atti in epigrafe indicati inerenti alla predetta procedura e, principalmente, del provvedimento in data 22.08.2023, con cui la Stazione Appaltante ne ha disposto l’esclusione dalla procedura *de qua*.

Segnatamente l’esclusione è stata disposta in quanto, come emerge dal verbale di gara n. 3 del 21.08.2023, alla società ricorrente è stata contestata la violazione dell’art. 80 comma 5 lett. m) del D.Lgs. n. 50/2016 a causa della sussistenza di una relazione di fatto della stessa società con la società Cogema srl (impresa anch’essa concorrente all’aggiudicazione dei lotti nn. 2 e 3 della gara richiamata), consistente nella presenza nella documentazione di gara di entrambi i concorrenti di un *file* (relazione tecnica) simile, sia nei contenuti che nella forma, tale da comportare l’imputabilità delle offerte presentate dai due operatori “*ad un unico centro decisionale*”.

In conseguenza la resistente ha segnalato il provvedimento di esclusione all’ANAC, ai sensi dell’art. 80, co. 12, e 213, co. 13, del D.Lgs. n. 50/2016, spuntando, nel modello di segnalazione, tra le varie opzioni, oltre a quella relativa l’ipotizzata presenza di un unico centro decisionale, anche la pretesa sussistenza di una situazione di controllo ai sensi dell’art. 2359 del c.c., circostanza quest’ultima non formalmente contestata nel provvedimento di esclusione e nel relativo verbale.

Il gravame è affidato alla denuncia di un’unica articolata doglianza con cui si deduce:

“I. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80, co. 5, lett. m), 83, co. 9 d.lgs. n. 50/2016, 80 co. 12 e 213, co. 13, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 10-bis della l. n. 241/1990. violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97, cost. eccesso di potere per contraddittorietà e difetto d’istruttoria”.

Secondo le prospettazioni della società ricorrente l'esclusione sarebbe sostanzialmente illegittima per due concorrenti ragioni:

- a) per difetto dell'imputabilità delle offerte di Mar Appalti e Cogema ad un unico centro decisionale;
- b) per omesso svolgimento di un sub-procedimento volto ad instaurare un pieno ed effettivo contraddittorio.

Sotto il primo profilo la ricorrente asserisce che non sussisterebbe né una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, come si evince dalle visure di Mar Appalti e Cogema, né qualsivoglia collegamento c.d. sostanziale tra le stesse. La Stazione appaltante ha tratto la pretesa esistenza della causa di esclusione controversa dall'unico ed isolato fatto che la relazione tecnica di Mar Appalti e Cogema fosse asseritamente "similare" sia nella forma sia nei contenuti.

La similarità tra le due offerte tecniche sarebbe frutto di una mera coincidenza e sarebbe dovuta, da una parte, al fatto che gli elaborati – che vertevano sui n. 5 criteri discrezionali, in quanto gli altri n. 6 erano di natura tabellare e quindi non affrontati nelle rispettive relazioni tecniche – riprendevano le prescrizioni del capitolato speciale d'appalto, dall'altro, dalla circostanza che i n. 5 criteri di natura discrezionale riguardano attività pressoché standard e ricorrenti nell'ambito degli appalti di lavori.

Tale circostanza, del tutto isolata e marginale, non può – a giudizio della ricorrente - essere indice dell'esistenza della causa di esclusione di cui si discute in difetto di ulteriori e plurimi elementi precisi e concordanti (quali, ad esempio, rapporti di parentela tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, la contiguità di sede, le utenze in comune, l'identità dell'offerta economica, elementi di similarità riguardanti la documentazione amministrativa, quali la polizza emessa dal medesimo soggetto) che non sono mai stati riscontrati né rilevati nel caso di specie.

Sotto il secondo profilo la ricorrente si duole inoltre del fatto che la resistente ha omesso di svolgere un apposito sub-procedimento per instaurare un pieno

ed effettivo contraddittorio onde acquisire ogni elemento utile ai fini della valutazione del caso di specie, in violazione dell'art. 83, co. 9 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990.

Si è costituita in resistenza al ricorso la società ACA S.p.A. *in house providing*, instando per il suo rigetto in quanto inammissibile e, comunque, privo di merito di fondatezza.

All'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2024, il Collegio ha rilevato d'ufficio ex art. 73 c.p.a., come da dichiarazione riportata a verbale, la parziale inammissibilità del ricorso, avuto riguardo, in particolare, all'impugnazione delle segnalazioni all'ANAC, che costituiscono atti endoprocedimentali.

All'esito della discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

2. Il ricorso è in parte infondato, riguardo all'impugnazione del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara e degli atti ad esso connessi, ed in parte inammissibile, riguardo all'impugnazione delle segnalazioni all'ANAC.

Ai sensi dell'art. 80 al comma 5 lett. m) del D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla procedura per cui è causa in quanto indetta prima del 1° luglio 2023 data di acquisto dell'efficacia del nuovo codice di cui al D.Lgs. n. 36/2023) “5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

La disposizione normativa sopra richiamata contempla due distinte ipotesi alternative da cui è possibile inferire la riconducibilità delle offerte ad un “*unico centro decisionale*”, alla ricorrenza delle quali la stazione appaltante deve provvedere alla esclusione del concorrente, come desumibile, sul piano della tecnica legislativa, dall'uso dell'indicativo deontico <*escludono*> che sottende l'imperatività della norma:

1. sussistenza di una situazione di controllo “formale” di cui all'articolo 2359 del codice civile;
2. sussistenza di una relazione sostanziale.

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 serietà del confronto 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[...]> (Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza 22 dicembre 2023 n. 11155; Consiglio di Stato, Sez. V – sentenza 6 febbraio 2017, n. 496).

Il bene giuridico tutelato dalla disposizione in esame è la concorrenza e lo sviluppo del mercato interno, che impongono, da un lato, la più ampia partecipazione possibile alle gare e, dall'altro lato, l'effettiva competizione fra i partecipanti (T.A.R. Lazio Roma, Sez. stralcio, 24/08/2023, n. 13435).

Per consolidata giurisprudenza, dalla quale il Collegio non ha ragione di discostarsi, la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 c.c., ovvero la sussistenza di una più generica «relazione, anche di fatto» (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti costituiscono condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine 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» (Cons. Stato, V sezione, 4 gennaio 2018, n. 58).

La più recente giurisprudenza ha chiarito che “L'esistenza di un “unico centro decisionale” può essere effettuata 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. Si rivela, dunque, dirimente in siffatte evenienze una puntuale verifica sulle concrete implicazioni che un tale

rapporto possa avere avuto sul comportamento degli operatori nell'ambito della specifica procedura di gara e, segnatamente, quanto al confezionamento delle offerte.” (ibidem, Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza 22 dicembre 2023 n. 11155).

3.1. Applicate le surrichiamate coordinate ermeneutiche alla fattispecie per cui è causa, rileva il Collegio che l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara risulta esente dai vizi denunciati.

Infatti la stazione appaltante, ad un attento esame del contenuto delle offerte della società Cogema e MARR, ha desunto l'esistenza di una obiettiva e certa “relazione di fatto” tra i due operatori economici.

Detta relazione emerge chiaramente dalla “dichiarazione di messa a disposizione di impianto mobile” di cui alla nota prot. n. 2573 del 10/07/2023 con la quale la società COGEMA ha autorizzato la società MAR s.r.l. all'utilizzo in loco “di un impianto mobile autorizzato di proprietà della COGEMA S.R.L., modello ECO-FRANTUMATORE BF 90.3 – Marca Meccanica Branzese, Matricola n. 1040, per il recupero di rifiuti speciali non pericolosi, ai sensi dell'art. 208 D.Lgs. 152/06 e DGR 450/16 previa presentazione almeno 20 gg. prima della campagna di attività, per il trattamento e recupero dei rifiuti da demolizione in sito e trasformazione dello stesso in aggregato recuperato, ai sensi del nuovo decreto del MITE n.152/2022 in vigore dal 04/11/2022 End of Waste dei rifiuti inerti da costruzione e demolizione”.

L'utilizzo del macchinario in questione è richiamato nelle relazioni tecniche di entrambi gli operatori economici partecipanti alla gara.

Una volta accertata la relazione di fatto l'Amministrazione ha riscontrato indici presuntivi idonei a configurare la sussistenza dell'unicità soggettiva sostanziale.

Dall'esame delle relazioni tecniche di Mar Appalti e Cogema emerge *ictu oculi* che le stesse (fatta eccezione per il criterio K7 e solo marginalmente per il K8) sono simili, addirittura a tratti identiche, sia nei contenuti sostanziali, sia nella forma.

Né tantomeno può ritenersi, come vorrebbe la ricorrente, che la sostanziale sovrapposibilità delle relazioni tecniche sia frutto di una mera coincidenza o della scelta della ricorrente di affidare la redazione dell'offerta tecnica ad un consulente esterno – libero professionista, che avrebbe utilizzato un modello di relazione tecnica standardizzato, in quanto tale circostanza non risulta supportata dal benché minimo elemento probatorio.

Peraltro, appare inconferente al caso di specie il richiamo al precedente giurisprudenziale citato dalla ricorrente (T.A.R. Campania Napoli sentenza 16/06/2023 n. 3672) in quanto in quel caso è stata riscontrata la sovrapposibilità di alcuni aspetti meramente formali di solo tre pagine su ventotto della relazione tecnica ed è stata accertato, nel corso del giudizio, attraverso la dichiarazione del tecnico incaricato, l'utilizzo ad opera di quest'ultimo di precedenti relazioni relative ad altre gare elaborate in favore di imprese diverse.

In buona sostanza la riscontrata ed obiettiva identità delle due relazioni tecniche ben giustifica la ritenuta comunanza di interessi tra i partecipanti alla gara tale da giustificare la potenziale alterazione del regime concorrenziale della selezione.

3.2. Non merita adesione nemmeno l'assunto di parte ricorrente che lamenta la mancata attivazione ad opera della società appaltante di un apposito sub-procedimento teso ad instaurare un pieno ed effettivo contraddittorio al fine di consentire alla medesima di fornire ogni elemento utile a dimostrare l'insussistenza di alcun collegamento tra le due offerte.

Ciò in quanto, dal punto di vista sostanziale, non vi è stata alcuna violazione del principio del contraddittorio atteso che la ricorrente, che ha presentato istanza di autotutela con richiesta di annullamento della esclusione, è stata in grado di rappresentare il proprio punto di vista sulla scelta dell'amministrazione esternando le proprie ragioni.

Ad ogni modo la asserita mancata instaurazione del contraddittorio non inficia la legittimità del gravato provvedimento avendo l'amministrazione

dimostrato in giudizio, ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2 della L. n. 241/90, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

4. La ricorrente lamenta anche l'illegittimità delle segnalazioni all'ANAC Prot. 19426/PROT del 29.08.2023 e Prot. 19427/PROT del 29.08.2023, riguardanti l'esclusione, rispettivamente dal lotto n. 2 e dal lotto n. 3, nelle parti in cui la Stazione Appaltante ha "spuntato" nel modello di segnalazione, la sussistenza di una situazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 del c.c..

L'esclusione della ricorrente è stata disposta esclusivamente in ragione della ritenuta sussistenza di un collegamento sostanziale desumibile dalla presenza nella documentazione di gara relativa ai concorrenti Mar Appalti S.r.l. e Cogema S.r.l., di una relazione tecnica simile, mentre non è stato accertato alcun controllo formale tra la ricorrente e l'altro operatore economico.

Ciononostante nelle segnalazioni trasmesse ad ANAC la stazione appaltante ha erroneamente indicato tra le cause di esclusione anche che l'operatore economico si trova rispetto alla COGEMA Sr.l. in una situazione di controllo ex art. 2359, circostanza non accertata e mai contestata.

Al riguardo va ribadito quanto già rilevato dal Collegio ex art. 73 c.p.a. nel corso dell'udienza pubblica di discussione, ovvero che l'impugnazione delle segnalazioni ex art. 80, comma 12 del D. Lgs. n. 50/2016 è inammissibile trattandosi di atti endoprocedimentali privi di carattere lesivo.

Per consolidata giurisprudenza infatti la segnalazione all'ANAC, ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, oltre a costituire un obbligo per la Stazione Appaltante, si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non impugnabile, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di Vigilanza, unico atto avente natura provvedimentoale e carattere autoritativo (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2022, n. 2518; TAR Lazio, sez. V, 19.1.2024 n. 928).

5. In definitiva, sulla base delle superiori complessive considerazioni, il ricorso è dunque in parte infondato ed in parte inammissibile.
6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della società ACA S.p.A. *in house providing* che liquida nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Giardino

IL PRESIDENTE
Paolo Passoni

IL SEGRETARIO