

APPALTI: T.A.R. Piemonte, Sezione Prima, 27 marzo 2025, n. 556

1. Appalti -Divisione in lotti -Finalità esclusivamente pro-concorrenziale -Natura unitaria della gara -Sussiste -Ragioni.

2. Appalti -Fondati sospetti di turbativa d'asta ex art. 353 c.p. -Annullamento della gara -Legittimità.

1. La natura pro-concorrenziale della divisione in lotti non elide la natura unitaria della gara: conseguentemente, non si deve condurre una valutazione caso per caso della natura unitaria o non della procedura di gara, in quanto, per un verso, il bando ha natura di atto amministrativo generale e il suo annullamento produce effetti erga omnes; per l'altro, la suddivisione in lotti non esclude la natura unitaria della gara, avendo tale suddivisione solo una funzione pro concorrenziale, estranea – quando non in conflitto – con l'interesse al risultato che l'amministrazione si propone di soddisfare attraverso il contratto, la cui causa negoziale si coglie solo avendo riguardo all'intera operazione amministrativa e contrattuale. (1)

2. La presenza di fondati sospetti in ordine alla sussistenza della turbativa d'asta ex art. 353 c.p. costituisce presupposto sufficiente a giustificare l'annullamento in autotutela degli atti di gara da parte della stazione appaltante.

(1) ex multis, Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171

(2) ex multis, TAR Campania, Salerno, sez. I, 7 febbraio 2005, n. 76; in terminis anche TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 luglio 2018, n. 7272.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa - 1° Reparto Infrastrutture di Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 19 marzo 2025 il dott. Luca Pavia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Il -OMISSIS- il Ministero della Difesa - I Reparto Infrastrutture ha indetto una procedura a evidenza pubblica per aperta di selezione preordinata alla stipula di «*Accordo quadro n. -OMISSIS-, a mezzo di RdO di Consip, completo di monoperatore, per l'effettuazione di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria - categorie OG1 e OG11- riguardanti la salvaguardia della sicurezza e della salubrità del patrimonio alloggiativo demaniale concesso in uso governativo nelle Regioni Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta*»; nello specifico, l'appalto era suddivisa in quattro lotti da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

2. Il ricorrente è stato invitato alla procedura e ha presentato la propria offerta per i lotti 1 e 2, all'esito della gara è risultato aggiudicatario del lotto 2 e, il -OMISSIS-, è stato sottoscritto il relativo contratto.

3. A seguito di una serie di vicissitudini che hanno interessato i concorrenti del lotto 1, la stazione appaltante ha effettuato una serie di accertamenti per accertare se le condotte tenute potessero essere

imputabili ad accordi distorsivi della concorrenza e, il -OMISSIS-, ha avviato un procedimento per l'annullamento dell'intera procedura di gara.

4. Il-OMISSIS- il ricorrente presentava le proprie controdeduzioni evidenziando, in particolare, che le asserite illegittimità si riferivano al lotto 1 e non potevano riverberarsi sugli altri ma, il successivo-OMISSIS-, la stazione appaltante ha annullato l'intera procedura.

5. Con ricorso, notificato il 5 dicembre 2024 e depositato il successivo 16 dicembre, la ricorrente ha annullato il provvedimento *de quo*, perché asseritamene illegittimo.

6. In prossimità dell'udienza di merito parti hanno depositato documenti, memorie conclusionali e di replica nei termini di rito.

7. All'udienza pubblica del 19 marzo 2025 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. Con il proprio ricorso, i cui motivi possono essere trattati congiuntamente stante la loro stretta interconnessione, il ricorrente censura la violazione e falsa applicazione degli artt. 21-*nonies* della 241/90, 122 d.lgs. n. 36/23 nonché l'eccesso di potere dell'amministrazione procedente in quanto, a suo dire, gli indizi su cui si fonderebbe il provvedimento impugnato sarebbero del tutto inidonei per giustificare l'annullamento della procedura.

A cui si aggiungerebbe l'erroneità dell'analisi statistica / economica utilizzata per dimostrare la sussistenza di accordi distorsivi della concorrenza; senza contare che essa avrebbe a oggetto il solo lotto 1.

Del tutto irragionevole sarebbe, infine, l'annullamento dell'intera gara per vicende che avrebbero coinvolto solo il primo lotto.

2. Il ricorso è infondato.

3. In primo luogo, occorre evidenziare che il Consiglio di Stato ha recentemente sancito che *«non si deve condurre una valutazione caso per caso della natura unitaria o non della procedura di gara, in quanto, per un verso, il bando ha natura di atto amministrativo generale e il suo annullamento produce effetti erga omnes; per l'altro, la suddivisione in lotti non esclude la natura unitaria della gara, avendo tale suddivisione solo una funzione proconcorrenziale, estranea - quando non in conflitto - con l'interesse al risultato che l'amministrazione si propone di soddisfare attraverso il contratto, la cui causa negoziale si coglie solo avendo riguardo all'intera operazione amministrativa e contrattuale»* (ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171).

A ciò si deve aggiungere che per giurisprudenza pacifica *«la presenza di fondati sospetti in ordine alla sussistenza della turbativa d'asta ex art. 353 c.p. costituisce presupposto sufficiente a giustificare l'annullamento in autotutela degli atti di gara da parte della stazione appaltante»* (ex

multis T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 febbraio 2005, n. 76; *in terminis* anche T.A.R. Lazio, Roma sez. I, 2 luglio 2018, n. 7272).

4. Tanto premesso, con specifico riferimento al lotto 1, sono state riscontrate innumerevoli anomalie le quali, se complessivamente considerate, rappresentano seri indizi di una concreta lesione della concorrenza.

In primo luogo, in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante ha chiesto alla prima classificata come avrebbe potuto, con soli 134 dipendenti a tempo pieno, adempiere ai propri obblighi contrattuali, considerata l'impossibilità di subappaltare il 100% delle lavorazioni della categoria OG11e la concorrente, anziché giustificare le proprie scelte, ha deciso di revocare la propria offerta, dimostrando, quanto meno, la scarsa serietà della stessa, se non addirittura la volontà di falsare gli esiti della gara.

Inoltre, prima dell'aggiudicazione, sono state escluse dalla procedura le società -Alfa- e -Beta- perché le loro offerte sono state ritenute imputabili a un unico centro decisionale.

Sul punto, ci si limita a ribadire che la condotta della stazione appaltante è stata ritenuta legittima da questo Tribunale con la sentenza n. 435 del 24 febbraio 2025.

A ciò si deve aggiungere che anche la -Delta- s.r.l. è stata esclusa dalla procedura perché il suo rappresentante legale ha dichiarato di non avere carichi pendenti penali a proprio carico mentre dall'esito dei controlli effettuati dalla stazione appaltante è emerso che egli era stato rinviato a giudizio per i reati di cui agli artt. 353 c.p., 479 c.p., 48 c.p. e 110 c.p., e, per tale ragione, la società era anche stata sanzionata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con la delibera n. -OMISSIS-.

A ciò si deve aggiungere che il contratto sottoscritto con l'aggiudicataria del lotto 1 è stato risolto perché essa, in violazione dell'articolo 94, comma 5, lett. d, del d.lgs. 36/23 aveva tentato, dopo appena 14 giorni dalla stipula del contratto e mendiate un utilizzo distorto della possibilità di effettuare una modifica soggettiva del consorzio, di far eseguire parte della commessa a una consorziata che non poteva partecipare alla gara perché sottoposta a procedura concorsuale.

Con specifico riferimento al lotto numero 3, infine, l'amministrazione procedente ha escluso dalla procedura la -OMISSIS- s.r.l. (unica partecipante) a causa della fittizietà del procedimento di *self cleaning* dichiarato.

Ebbene, si tratta di elementi che, se complessivamente considerati, rendono del tutto ragionevole la decisione della stazione appaltante di annullare l'intera gara.

5. Con particolare riferimento poi al lotto 2 il Collegio deve evidenziare, in primo luogo, che il ricorrente ha proposto la medesima, esigua, percentuale di sconto (6,90%) sia nel lotto 1 sia in quello numero 2, nonostante le innegabili diversità tecniche, strutturali ed economiche dei due lotti avrebbero richiesto una differenziazione dell'offerta.

A ciò si deve aggiungere che lo sconto proposto (6,90%) è addirittura inferiore alla media di mercato che, per pacifica ammissione del ricorrente, si aggira intorno al 10%: a pagina 10 del ricorso si legge, infatti, che *«l'analisi statistica delle precedenti aggiudicazioni di gare di lavori analoghi aveva rivelato che tali gare si aggiudicavano con uno sconto medio intorno al 10%»*.

Si tratta di elementi certamente emblematici del fatto che il ricorrente ha effettuato un'offerta di mero appoggio nel lotto 1 in cambio di una mancata partecipazione delle altre concorrenti a quello numero 2 per consentirgli di ottenere l'aggiudicazione con uno sconto inferiore a quello mediamente praticato in appalti analoghi.

A ciò si aggiunga che la ricorrente, esattamente come l'aggiudicataria del lotto 1, ha immotivatamente ommesso di dare esecuzione ad alcuni ordinativi.

Circostanza che non essere imputata a un mero fraintendimento in quanto un operatore economico attivo nel settore non poteva non comprendere che essi, anche alla luce del proprio oggetto, erano eseguiti dell'accordo quando appena siglato.

Senza contare che gli ordini di servizio numero 3, 10 e 11 contengono un espresso riferimento all'*«Accordo quadro biennale completo mono-operatore, per l'effettuazione dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria - categorie OG1 ed OG11 – riguardanti la salvaguardia della sicurezza e della salubrità del patrimonio alloggiativo demaniale concesso in uso governativo nelle regioni Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta»* sicché appare del tutto inverosimile che il ricorrente abbia creduto che si trattasse di nuovi e diversi affidamenti.

Del pari, anche la mancata partecipazione ai lotti 3 e 4, espressamente indicati nella propria manifestazione di interessi, è stata giustificata con riferimento a una successiva e, generica, valutazione di convenienze economica mentre essa ben può derivare da un accordo collusivo.

Detto altrimenti, si tratta di un elemento che, seppur singolarmente irrilevante, assume rilievo in una valutazione complessiva della condotta del ricorrente.

Analogamente, anche la scarsa partecipazione ai lotti 2 e 3 e la totale assenza di offerte in quello numero 4, avvalorano la tesi della sussistenza di accordi diretti a falsare la concorrenza.

Anche in questo caso, infatti, nonostante sia vero che, alla luce del valore più elevato della commessa, il lotto 1 era in grado di attrarre il maggior numero di concorrenti, non appare giustificabile l'irrisoria partecipazione agli altri lotti: la suddivisione della gara in lotti è proprio volta ad assicurare la partecipazione di piccole e medie imprese e, pertanto, appare alquanto singolare la partecipazione delle concorrenti nei lotti diversi dal primo.

Alla luce di tali considerazioni appare del tutto ragionevole la decisione della stazione appaltante di annullare l'intera procedura.

Né tale valutazione può essere inficiata dall'argomentazione esemplificativa effettuata dalla stazione appaltante per estendere le considerazioni effettuate per il lotto numero 1 al secondo in quanto, per stessa ammissione dell'amministrazione procedente, essa rappresenta un mero esempio delle dinamiche accertate che, per sua stessa natura, non può che essere semplificata.

6. Per quanto riguarda, poi, le censure mosse avverso lo “*Studio per la rilevazione degli indizi di violazione della concorrenza*” è necessario premettere che esso è espressione di discrezionalità tecnica della stazione appaltante che, come tale, che è sottratta al giudizio di questo giudice, salvo che non emerga un vizio della logicità e della ragionevolezza dell'*iter* seguito dall'autorità procedente; ipotesi, questa, che non si ravvisa nel caso di specie.

In particolare, il ricorrente censura l'analisi in quanto:

- avrebbe esaminato un campione eccessivamente esiguo e, quindi, inidoneo per trarre delle valide considerazioni statistiche / economiche;
- l'esame si baserebbe sul modello della concorrenza perfetta anziché su quello dell'oligopolio;
- non sarebbero stati presi in considerazione elementi rilevanti come l'analisi delle quote di mercato, i dati sulle funzioni di costo e/o di profitto, la dotazione di capitale fisso e di tecnologie, le economie di scala, la presenza di cantieri attivi nelle vicinanze dell'intervento, la proprietà di impianti di produzione di materiali e le motivazioni di ordine meramente congiunturale;
- non indicherebbe le ragioni per cui sarebbe stata preferita una lettura dei dati in *malam partem* anziché in senso favorevole per la società.

Al contrario, l'amministrazione resistente ha, in primo luogo, ribadito che lo studio ha ad oggetto la condotta di tutti i partecipanti e, quindi, il 100% del campione e ha prodotto dei risultati scientificamente significativi, così come indicato nello stesso provvedimento impugnato.

Inoltre, il modello migliore per analizzare il comportamento degli operatori economici sarebbe quello della concorrenza perfetta in quanto in essa «*si fonda sull'assunto che ogni agente economico agisca in modo indipendente, sulla base di informazioni simmetriche e complete, e in assenza di poteri di mercato significativi, il che consente di dedurre che i ribassi offerti in un contesto di gara debbano seguire una distribuzione tendenzialmente normale, con concentrazioni intorno ai valori medi e ridotta dispersione verso i margini estremi*» mentre «*l'oligopolio non si presta ad essere assunto come riferimento per l'analisi delle gare pubbliche, in cui la partecipazione è aperta ad una pluralità di soggetti che, sebbene possano operare in un contesto oligopolistico nel mercato di riferimento, sono chiamati a competere in modo indipendente per ogni singolo appalto*». Con la conseguenza che l'utilizzo di tale ultimo modello «*risulterebbe non solo inappropriata, ma addirittura fuorviante, poiché tenderebbe a normalizzare condotte potenzialmente collusive, considerandole intrinseche alla struttura del mercato*».

Per quanto riguarda gli elementi non considerati, è stato invece evidenziato che essi sono implicitamente inclusi nel comportamento economico dei partecipanti alla gara, quindi, nei ribassi offerti; per tale ragione l'analisi è stata condotta *«in modo oggettivo e uniforme, valorizzando le informazioni realmente rilevanti ai fini della verifica della conformità alla distribuzione normale attesa, senza essere pregiudicato da elementi di natura contingente o non generalizzabile»*.

Ebbene, tali elementi, se sommati a quanto evidenziato negli altri paragrafi del provvedimento impugnato, giustificano ampiamente le conclusioni *“in malam partem”* dell'amministrazione procedente.

Poiché quindi, alle considerazioni della ricorrente e del proprio tecnico di fiducia circa l'inattendibilità delle valutazioni statistico / economiche effettuate dalla stazione appaltante si contrappongono quelle dell'amministrazione procedente, così esplicitate nel provvedimento impugnato ed esplicate nei propri scritti difensivi, è evidente che con la censura in esame il ricorrente mira a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione procedente e, quindi, a chiedere un giudizio sostitutivo di questo Giudice, il quale però, per quanto sopra esposto, non è ammissibile.

Siccome, quindi, le valutazioni esaminate non sono né illogiche né irragionevoli, la censura è infondata e deve essere respinta.

7. il Collegio non ravvisa, infine, alcuna lesione del contraddittorio procedimentale in quanto il ricorrente ha avuto accesso totale ai documenti su cui si basano le considerazioni dell'amministrazione procedente e il termine concesso per controdedurre appare proporzionato ai termini di conclusione del procedimento.

A ciò si deve aggiungere che, se anche il ricorrente avesse avuto più tempo a disposizione, le proprie controdeduzioni, di fatto analoghe a quelle esaminate nel presente ricorso, non avrebbero modificato la valutazione dell'amministrazione procedente, in virtù dell'evidenziata ragionevolezza delle conclusioni cui è pervenuta.

8. Per quanto sopra esposto, il ricorso è, quindi, infondato e deve essere respinto.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite, che quantifica in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare tutti i soggetti coinvolti nei fatti di causa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del 19 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Prosperi, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere

Luca Pavia, Referendario, Estensore