

Pubblicato il 11/12/2020

N. 01244/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00325/2020 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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 325 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Cds s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Bruna Lazzerini e Alessandro Righini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Bruna Lazzerini in Venezia, Santa Croce 2122;

contro

Regione del Veneto, non costituita in giudizio;

Azienda Zero Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, Piazzale Roma n. 468/B;

nei confronti

C.I.V.I.S. s.p.a., nella qualità di capogruppo-mandataria nel raggruppamento temporaneo di imprese costituito con Sicuritalia s.r.l., Istituto di Vigilanza Privata

Castellano s.r.l. e Rangers s.r.l. (mandanti), ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, tutte rappresentate e difese dagli avvocati Domenico Gentile e Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce n. 466/G;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale del 18.2.2020 del R.U.P. di Azienda Zero, la cui pubblicazione sulla piattaforma Sintel è avvenuta il 28.2.2020, con cui, in relazione alla “*procedura aperta telematica per l'affidamento per i servizi di vigilanza attiva e attività correlate e di guardiania a favore degli Enti che operano nel territorio regionale del Veneto*”, si è ritenuto che le condotte sanzionate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a carico della ditta Sicuritalia s.r.l. con provvedimento pubblicato sul Bollettino A.G.C.M. n. 50 del 16.12.2019 “*non rilevino ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016*”;

- della Determinazione Dirigenziale n. 139 del 2.5.2018 della Regione del Veneto - Azienda Zero nella parte in cui con essa è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 2 della procedura in questione in favore del RTI tra C.I.V.I.S. s.p.a. (mandataria) e Sicuritalia s.r.l., Rangers s.r.l., Istituto Di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. (mandanti);

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, antecedente, conseguente o comunque connesso, anche se non noto alla ricorrente;

-- e per l'accertamento:

- della doverosità dell'esclusione dalla procedura di gara del R.T.I. guidato da C.I.V.I.S. s.p.a. a causa del grave provvedimento sanzionatorio comminato da A.G.C.M. a carico della mandante Sicuritalia s.r.l. nonché a causa della mancata comunicazione da parte del R.T.I. di detto provvedimento alla stazione appaltante e, comunque, dell'obbligo della stazione appaltante di dare atto dell'impossibilità di sottoscrivere il contratto d'appalto con il predetto raggruppamento e di provvedere sugli effetti dell'aggiudicazione, dichiarando la decadenza del R.T.I. aggiudicatario

dall'aggiudicazione medesima ovvero dichiarando la sopravvenuta inefficacia di quest'ultima e, in ogni caso, intervenendo su di essa, anche se del caso annullandola o revocandola, e rendendola priva di ogni effetto;

-- nonché per la dichiarazione di inefficacia:

- del contratto che dovesse essere stipulato tra l'Amministrazione e il R.T.I. C.I.V.I.S. s.p.a.;

-- e per la condanna:

- della resistente Amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara alla ditta ricorrente e conseguente stipulazione del contratto o subentro in esso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da CDS s.r.l. il 23.4.2020:

-- per l'annullamento:

- del verbale del 18.2.2020 del R.U.P. di Azienda Zero, la cui pubblicazione sulla piattaforma Sintel è avvenuta il 28.2.2020, con cui, in relazione alla *“procedura aperta telematica per l'affidamento per i servizi di vigilanza attiva e attività correlate e di guardiania a favore degli Enti che operano nel territorio regionale del Veneto”*, si è ritenuto che le condotte sanzionate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a carico della ditta Sicuritalia s.r.l. con provvedimento pubblicato sul Bollettino A.G.C.M. n. 50 del 16.12.2019 *“non rilevano ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016”*;

- della Determinazione Dirigenziale n. 139 del 2.5.2018 della Regione Veneto - Azienda Zero nella parte in cui con essa è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 2 della procedura in questione in favore del RTI tra C.I.V.I.S. s.p.a. (mandataria) e Sicuritalia s.r.l., Rangers s.r.l., Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. (mandanti);

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, antecedente, conseguente o comunque connesso, anche se non noto alla ricorrente;

-- e per l'accertamento:

- della doverosità dell'esclusione dalla procedura di gara del R.T.I. guidato da C.I.V.I.S. s.p.a. a causa del grave provvedimento sanzionatorio comminato da A.G.C.M. a carico

della mandante Sicuritalia s.r.l. nonché a causa della mancata comunicazione da parte del R.T.I. di detto provvedimento alla stazione appaltante e, comunque, dell'obbligo della stazione appaltante di dare atto dell'impossibilità di sottoscrivere il contratto d'appalto con il predetto raggruppamento e di provvedere sugli effetti dell'aggiudicazione, dichiarando la decadenza del R.T.I. aggiudicatario dall'aggiudicazione medesima ovvero dichiarando la sopravvenuta inefficacia di quest'ultima e, in ogni caso, intervenendo su di essa, anche se del caso annullandola o revocandola, e rendendola priva di ogni effetto;

-- nonché per la dichiarazione di inefficacia:

- del contratto che dovesse essere stipulato tra l'Amministrazione e il R.T.I. C.I.V.I.S. s.p.a.

-- e per la condanna:

- della resistente Amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara alla ditta ricorrente e conseguente stipulazione del contratto o subentro in esso.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Zero Regione Veneto, nonché di Sicuritalia s.p.a., Rangers s.r.l. e di C.I.V.I.S. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2020 il dott. Nicola Bardino tenutasi con modalità telematica ai sensi dell'art. 4, D.L. n. 28 del 2020, il dott. Nicola Bardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente espone di avere partecipato, graduandosi in seconda posizione, alla gara telematica a procedura aperta, articolata in dieci lotti su base territoriale, per l'affidamento dei servizi di vigilanza attiva e guardiania, bandita dalla Regione del Veneto il 10 luglio 2017, a favore degli enti operanti nel territorio regionale.

La procedura, svoltasi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti per l'offerta tecnica; 30 punti per l'offerta economica), veniva gestita dall'Azienda Zero e si concludeva, quanto al lotto 2, con l'aggiudicazione a favore del raggruppamento temporaneo tra le imprese C.I.V.I.S. s.p.a., quale mandataria, e le mandanti Rangers s.r.l., Sicuritalia s.p.a. e Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l. (di seguito, RTI Civis).

L'odierna ricorrente impugnava l'aggiudicazione avanti questo Tribunale, che respingeva il ricorso con sentenza n. 1190 del 2018, successivamente confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 29 novembre 2019, n. 8167.

2. La vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio attiene al segmento immediatamente successivo alla pronuncia del Consiglio di Stato, con particolare riguardo alla posizione della mandante Sicuritalia s.p.a..

Quest'ultima, espone la ricorrente, è stata interessata da un procedimento istruttorio avviato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM (doc. 9 depositato unitamente al ricorso).

L'AGCM, all'esito del procedimento, in data 16 dicembre 2019 (allorché non risultava ancora sottoscritto il contratto) accertava che alcune società, e tra di esse Sicuritalia, avevano dato luogo ad un accordo finalizzato ad *“eliminare ogni confronto competitivo nelle gare di rispettivo interesse”* mediante una *“intesa volta alla spartizione delle gare anche attraverso l'utilizzo strumentale di RTI e subappalti”*.

Veniva in particolare rilevato, in riferimento a gara analoghe, per contenuto e modalità di partecipazione, a quella espletata dalla Regione Veneto, la presenza di un *“complesso disegno collusivo che lega le parti del procedimento, finalizzato alla spartizione di una serie di rilevanti gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata”*. Ricorda l'AGCM che tali soggetti avrebbero agito *“in maniera coordinata nell'ambito della partecipazione a numerose gare, utilizzando lo strumento del RTI e del subappalto in modo anticoncorrenziale, talvolta partecipando in gara addirittura con delle RTI fittizie (c.d. “ATI finta”, v. infra) che celavano una ripartizione geografica dei lotti”*.

Tale condotta avrebbe illecitamente perseguito *“un palese oggetto anticoncorrenziale”* che *“non può in alcun modo essere giustificato in quanto, a prescindere dagli effetti sul mercato e al*

contesto in cui si inserisce, costituisce una tipica ripartizione dei mercati vietata ed è considerata una delle violazioni più gravi dell'art. 101 TFUE”, consentendo alle parti di garantirsi l'aggiudicazione delle gare alle quali esse, previo accordo, hanno preso parte, *“assicurandosi l'annullamento della concorrenza da parte dei più temibili avversari (le altre parti del cartello)”*.

Esse, attraverso la strumentale unione dei propri apparati (ciò che attesterebbe il pieno coinvolgimento delle complessive strutture aziendali), avrebbero quindi reso *“più probabile il successo nella valutazione dell'offerta tecnica rispetto agli altri concorrenti estranei al cartello”*.

Sarebbe emerso, in definitiva, un *“disegno collusivo che vede le parti del procedimento [e tra di esse Sicuritalia] spartirsi il mercato, a livello geografico e per cliente storico, attraverso l'utilizzo improprio di strumenti, quali il RTI e il subappalto, che, pur essendo di regola volti a implementare la concorrenza consentendo la partecipazione anche delle piccole imprese alle gare, in questi casi sono utilizzati per uno scopo del tutto opposto”*. *“Le Parti [concludeva l'AGCM] ... preferiscono, come emerso da vari documenti, schermare i loro comportamenti anticoncorrenziali attraverso l'utilizzo di RTI e subappalto per sostituire uno schema collusivo alla sana competizione concorrenziale”*, con lo scopo, sostanzialmente conseguito, di ripartire tra loro rilevanti gare pubbliche.

3. L'AGCM dava inoltre conto, ai soli fini della mitigazione della penalità irrogata (determinata in € 8.328.592,00), dell'adozione, da parte di Sicuritalia, di alcune misure di *self-cleaning* (AGCM, deliberazione del 12 novembre 2019, n. 27993 - doc. 10 della ricorrente). Tali misure - che avrebbero coinvolto l'intero apparato aziendale e che risulterebbero oggetto di positivo apprezzamento da parte della stazione appaltante - sarebbero state introdotte solo successivamente alla partecipazione alla procedura in esame da parte dell'impresa attinta dalla sanzione (avverso la quale, tuttavia, la medesima impresa ha instaurato un giudizio, non ancora definito, davanti al T.A.R. per il Lazio).

4. In questo quadro, la ricorrente lamenta che il RTI Civis avrebbe omesso di comunicare alla stazione appaltante l'assunzione, da parte dell'AGCM, del

provvedimento sanzionatorio a carico di Sicuritalia, benché la convenzione dovesse ancora essere stipulata.

Spiega, infatti, di avere sottoposto il suddetto provvedimento all'Azienda Zero “*ai fini della ... configurabilità delle condotte sanzionate quale 'grave illecito professionale' escludente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c del D.Lgs. n. 50/2016*” (p. 8 del ricorso), sollecitando l'adozione dell'auspicato provvedimento espulsivo a carico di Sicuritalia e del complessivo RTI Civis.

All'esito del *sub*-procedimento, così instaurato, preso atto delle deduzioni delle interessate, l'Azienda Zero, con verbale del RUP datato 18 febbraio 2020, riteneva di non dover dare applicazione all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50 del 2016, in ragione dei seguenti rilievi:

(i) il provvedimento sanzionatorio emesso da AGCM nei confronti di Sicuritalia S.p.a. non ha carattere definitivo;

(ii) i R.T.I. sanzionati da AGCM si riferiscono ad altre gare d'appalto alle quali ha preso parte Sicuritalia S.p.a. in raggruppamento con altri competitors;

(iii) con nota prot. n. 1941 del 31.1.2020 Sicuritalia S.p.a. ha fornito adeguate giustificazioni in merito alle condotte contestate;

(iv) Sicuritalia S.p.a. ha comunicato di aver adottato idonee misure di self cleaning attraverso l'approvazione di un modello organizzativo interno di compliance antitrust” (verbale del RUP di Azienda Zero, datato 18 febbraio 2020 – doc. 1 della ricorrente).

5. Sulla base di tali premesse, la ricorrente CDS propone ora ricorso avverso la precedente determinazione di aggiudicazione per come essa risulta riaperta ed integrata (attraverso il provvedimento di non esclusione) dal suddetto verbale, domandando, tra l'altro, l'accertamento della “*doverosità dell'esclusione dalla procedura di gara*” del RTI controinteressato.

Sono dedotti i seguenti profili di censura:

(1) Sulla omessa comunicazione della sanzione AGCM da parte del RTI: Violazione degli obblighi di correttezza e di buona fede e degli obblighi informativi di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016; Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore nei presupposti; il Raggruppamento Civis avrebbe omesso di comunicare la sussistenza di un grave

illecito professionale, accertato in capo a Sicuritalia a seguito del provvedimento sanzionatorio emesso dalla AGCM, limitandosi (ma solo dopo l'avvio del *sub-procedimento* sollecitato dalla ricorrente) a fornire le proprie giustificazioni, ma con ciò eludendo l'obbligo, connesso alla doverosa osservanza dei canoni di correttezza e buona fede, di fornire “*le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*” (art. 80, comma 5, lett. c), così da impedire alla Stazione Appaltante di dare corso al doveroso vaglio delle circostanze, potenzialmente idonee a determinare l'esclusione dell'impresa partecipante alla gara. Il RTI controinteressato avrebbe dovuto essere pertanto escluso per la manifesta violazione degli obblighi dichiarativi, su di esso incombenti anche nella fase, successiva all'aggiudicazione, precedente alla stipulazione del contratto;

(2) *Sulla valutazione operata dal R.U.P. nel verbale 18.2.2020: Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 80, commi 5, lett. c, 6, 7 e 8 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 della L. n. 241/1990; Eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione insufficiente ed erronea, errore nei presupposti ed illogicità e irragionevolezza manifeste*; la valutazione operata dal RUP, anche se discrezionale, deve ritenersi palesemente incongrua ed illogica in quanto fondata su argomentazioni deficitarie e parziali, e perché comunque inidonea ad attestare la sussistenza, in capo all'operatore economico interessato, dei necessari requisiti di integrità morale e professionale.

6. Con i successivi motivi aggiunti, la ricorrente censurava l'avvenuta stipulazione, in data 19 febbraio 2020, della convenzione quadro, oggetto della gara, da parte del RTI Civis, richiedendone la declaratoria di inefficacia per violazione dello *stand still* processuale, sulla base della censura (proposta sostanzialmente in via subordinata) rubricata nei termini seguenti:

(3) *1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della Direttiva Comunitaria n. 89/665/CCE, così come integrata e modificata dalla Direttiva 2007/66/CE. Eccesso di potere per irragionevolezza manifesta e violazione del diritto di difesa e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del D.gs. n. 104/2010 e degli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione. Violazione dell'art. 76,*

comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 6 e 13 CEDU. Violazione del principio del contraddittorio.

7. Costituitesi in giudizio, l'Azienda Zero e il controinteressato hanno dedotto nel merito, contestando l'attinenza del provvedimento sanzionatorio, peraltro non definitivo, alla procedura di gara, anche in relazione alla diversa composizione del raggruppamento aggiudicatario (che, a parte Sicuritalia, non annovera le restanti imprese coinvolte nell'illecito), nonché la stessa gravità del fatto sanzionato, ciò che escluderebbe sia la specifica incidenza degli obblighi dichiarativi, reclamati dalla ricorrente, sia la stessa rilevanza escludente della condotta.

Sotto quest'ultimo profilo, si osserva inoltre che le misure di *self cleaning* adottate da Sicuritalia, completate da un modello interno di *compliance antitrust*, hanno consentito (e consentono tuttora) di formulare un favorevole giudizio circa la riorganizzazione dell'impresa e le prospettive di esecuzione dell'appalto, il che priverebbe l'illecito del preteso effetto escludente, poiché esso andrebbe pur sempre riferito ad un precedente apparato aziendale.

In rito, l'Amministrazione e il RTI controinteressato, evidenziano l'originaria carenza di interesse sottostante al ricorso, osservando come, nella fattispecie, si verterebbe di un caso in cui sarebbe sempre ammessa la modifica in riduzione del RTI, ai sensi dell'art. 48, comma 17 e 19 *ter*, D. Lgs. n. 50 del 2016, allorché il venir meno dei requisiti di partecipazione, in capo ad una delle imprese mandanti (Sicuritalia, raggiunta da un provvedimento d'indole sanzionatoria valutabile come grave illecito professionale), non precluderebbe alla mandataria di eseguire in proprio la prestazione pertinente al soggetto estromesso o piuttosto di provvedere alla sostituzione di questo, in fase di esecuzione. Il gravame, pertanto, risulterebbe inammissibile, poiché l'esclusione dell'impresa sanzionata avrebbe, quale unica conseguenza, un dovere di avvicendamento all'interno del RTI, ma non anche l'esclusione di questo.

8. Chiamata all'udienza pubblica del 24 giugno 2020, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

9. Deve essere innanzitutto esaminato il comune rilievo in rito formulato, pur da diverse prospettive, dall'Amministrazione e dal RTI Civis.

Entrambi sostengono che, quand'anche la sanzione comminata alla mandante Sicuritalia fosse da qualificare come grave illecito professionale, gli effetti escludenti che si riverbererebbero all'interno della procedura in esame resterebbero circoscritti alla fase esecutiva, senza quindi refluire a ritroso e intaccare l'aggiudicazione al RTI controinteressato, che ben potrebbe provvedere alla sostituzione dell'impresa esclusa o piuttosto ripartire le prestazioni ad esso assegnate fra i restanti operatori partecipanti al raggruppamento.

9.1 Va subito chiarito che, come condivisibilmente osservato dalla ricorrente, tale eccezione potrebbe al più precludere l'esame del secondo motivo di ricorso, con il quale è espressamente richiesta l'adozione di una determinazione complessivamente escludente (ossia a carico dell'intero raggruppamento) in ragione di un illecito singolarmente riferibile ad una sola tra le mandanti (Sicuritalia), richiesta cui l'Amministrazione e il controinteressato oppongono il rilievo secondo il quale tale effetto escludente darebbe luogo ad effetti espulsivi solo nei confronti di una singola impresa, restando impregiudicata la possibilità di provvedere alla sua sostituzione nelle fasi esecutive.

Permarrebbe, tuttavia, l'interesse sotteso al primo motivo di ricorso, con il quale viene invece denunciata la violazione degli obblighi dichiarativi complessivamente incumbenti sull'intero RTI controinteressato, violazione che, proprio perché riferibile ad una condotta omissiva non frazionabile tra le singole imprese partecipanti, darebbe luogo ad una determinazione escludente non suscettibile di risoluzione mediante la sostituzione tra le imprese esecutrici del servizio.

9.2 L'eccezione va in ogni caso disattesa.

Ritiene il Collegio di dover aderire all'indirizzo giurisprudenziale, in sé prevalente, secondo il quale i requisiti di partecipazione alla gara devono essere posseduti anche *“nel periodo intercorso fra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto”* ed essere mantenuti dall'impresa partecipante, senza alcuna interruzione, per tutta la durata *“non solo della procedura di aggiudicazione, ma anche del rapporto con la stazione appaltante (cfr. ex*

multis: Cons. Stato, Ad. Plenaria, nn. 5, 6 e 10/2016)” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 12106 del 2019).

Come recentemente chiarito dal Consiglio di Stato (Sez. V, n. 2968 del 2020) nella fattispecie opera invero il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, secondo cui nelle procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici *“i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8)”*.

Ne consegue che la carenza del requisito consistente nella dichiarata assenza di pregiudizi escludenti, preclusivi dell'affidamento di contratti pubblici di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50 del 2016 (oggetto di attestazione in sede di offerta – p. 7 del disciplinare), anche se verificatasi nella fase intermedia, compresa fra aggiudicazione e stipulazione del contratto, non appare suscettibile di sanatoria in sede di esecuzione, determinando una condizione di potenziale incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, di per sé impeditiva (previo il vaglio discrezionale dell'Amministrazione) dell'affidamento (e per ciò solo, anche dell'avvio dell'esecuzione).

10. Nel merito il ricorso è fondato in relazione ad entrambi i profili di censura introdotti dalla ricorrente.

10.1 Quanto al primo motivo di ricorso, deve essere osservato che in ragione del richiamato principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, una volta chiarito come lo stesso debba intendersi riferito a tutte le fasi della procedura (cfr. quanto detto poc'anzi al punto 9), ivi compreso il periodo che si situa tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, sussisteva l'obbligo per il raggruppamento controinteressato (ovvero per le singole *“imprese associande”*, quando il raggruppamento non fosse stato ancora costituito - p. 9 del disciplinare) di dichiarare l'insorgenza di condotte, anche se sopravvenute, che la stazione appaltante

sarebbe stata tenuta a vagliare al fine di verificare la possibile insorgenza di dubbi sulla sussistenza dei requisiti di integrità e di affidabilità dell'operatore economico.

In tal senso, va subito soggiunto che la violazione contestata a Sicuritalia manifesta una chiara incidenza sui suddetti requisiti, avendo ad oggetto la formazione di *“accordi anticompetitivi stipulati [fra una serie di operatori del settore] al fine di coordinare la partecipazione”* alle gare, con lo scopo di conseguire *“la ripartizione del mercato e la cristallizzazione delle rispettive aree di competenza attraverso il coordinamento della reciproca strategia partecipativa a gare pubbliche di particolare importanza, al fine di condizionarne la dinamica sì da neutralizzare il confronto competitivo per l'aggiudicazione delle commesse”* (cfr. doc. 10 della ricorrente).

La particolarità della condotta, che prescinde del tutto dall'accidentale estensione territoriale degli accordi anticoncorrenziali (l'accertamento si riferisce a Lombardia, Emilia Romagna e Lazio), non consente di porre al di sotto della soglia di rilevanza i fatti di cui il raggruppamento ha omesso di dare tempestiva comunicazione alla stazione appaltante, trattandosi di fatti che non solo delineano un consolidato *modus operandi* non compatibile con l'osservanza dei canoni dell'evidenza pubblica ma che, oltretutto, presuppongono l'apporto di più livelli dell'apparato organizzativo aziendale, sicché anche l'adozione di misure di *self cleaning* andrebbe necessariamente soppesata sia in relazione alle fasi di svolgimento della gara (rispetto alle quali tali misure non erano ancora in atto) sia con riguardo alla prospettiva di una corretta esecuzione della prestazione contrattuale.

La mancata comunicazione del provvedimento sanzionatorio, indipendentemente dalla sua fondatezza o dalla sua definitività, proprio in ragione della particolare incidenza, anche solo potenziale, su indefettibili requisiti di partecipazione, ben potrebbe tradursi nella omissione di *“informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”* così da determinare, ma solo a seguito di un vaglio discrezionale dell'Amministrazione che nella fattispecie è stato però omesso, le conseguenze escludenti stabilite dall'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) del D. Lgs. n. 50 del 2016.

Va infatti chiarito, in linea con la più recente giurisprudenza, che *“in tanto la violazione degli obblighi informativi discendenti dall'art. 80 comma 5, lett. c) citata — posta in essere (come*

nella specie) attraverso l'omissione dichiarativa su possibili ipotesi di grave illecito professionale — può comportare l'esclusione del concorrente reticente, in quanto essa sia stata valutata dalla S.A. in termini di incidenza sulla permanenza degli imprescindibili requisiti di integrità ed affidabilità del concorrente stesso. Ne discende che l'esclusione non è automatica, ma è rimessa all'apprezzamento discrezionale della S.A., la quale potrà adottare la misura espulsiva una volta appurato, indipendentemente dalle modalità di acquisizione dei relativi elementi di fatto, che l'omissione dichiarativa abbia intaccato l'attendibilità professionale del singolo operatore economico, minando la relazione di fiducia venutasi a creare a seguito della partecipazione alla gara. In altri termini, una volta venuta a conoscenza della mancata informativa, la Stazione Appaltante potrà escludere dalla gara il concorrente reticente solo dopo aver accertato, mediante il discrezionale apprezzamento di tutte le circostanze del caso, che l'omissione dichiarativa costituisca prova del fatto che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità?' (tra le più recenti, T.A.R. Campania, Sez. VIII, n. 1934 del 2020).

Il motivo è quindi fondato nella sola parte in cui censura la mancata valutazione, da parte della stazione appaltante, della violazione dell'obbligo, incombente sul RTI Civis (ovvero sull'impresa associanda Sicuritalia), di dichiarare la sussistenza del provvedimento sanzionatorio; conseguentemente la stazione appaltante dovrà determinarsi in merito, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa (e in assenza di qualsiasi automatismo), vagliando nel concreto la portata di tale violazione e la possibile riconduzione ad essa della determinazione escludente prevista dall'art. 80, comma 5, D. Lgs. n. 50 del 2016.

10.2 Parimenti fondato è il secondo motivo di ricorso, con il quale viene censurata la valutazione del RUP nella parte in cui ha ritenuto di non ravvisare, nell'illecito sanzionato dall'AGCM, estremi di particolare gravità, tali da minare i requisiti di integrità e di affidabilità dichiarati dal RTI Civis.

Devono essere confermate, sul punto, le considerazioni esposte in sede cautelare.

Ritiene infatti il Collegio che la motivazione del provvedimento non tenga in adeguata considerazione la speciale gravità della condotte, accertate e sanzionate dalla AGCM, nonché la evidente vicinanza temporale rispetto alla procedura di cui è causa. Elementi, quelli richiamati, che avrebbero dovuto sollecitare approfondimenti di

maggior latitudine, tenuto conto, da un lato, della particolare rilevanza economica delle gare intaccate dalle condotte illecite e, dall'altro lato, della speciale incidenza delle violazioni rispetto al complessivo mercato di riferimento, cosa che non consente di circoscrivere la risonanza degli illeciti in esame, indipendentemente dalla definitività dell'accertamento, alle sole procedure all'interno dei quali essi si sarebbero verificate, come erroneamente sostenuto nell'impugnato provvedimento del RUP.

Né può essere trascurata la erronea sopravvalutazione delle misure di *self cleaning*, adottate dall'operatore economico (che l'AGCM ha menzionato ai soli fini della mitigazione della penalità irrogata), poiché non v'è dubbio che, pur confortando un giudizio prognostico favorevole riguardo all'esattezza dell'adempimento, esse potrebbero produrre effetti soltanto *pro futuro*, senza quindi concedere alcuna conseguenza riabilitante a favore dell'impresa raggiunta dalla sanzione.

Come ha infatti chiarito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (riferita al previgente art. 38, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 163 del 2006, ma i cui principi possono essere integralmente traslati al caso in esame), *«alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, IX, 4 giugno 2019 nella causa C-425/18, per «errore grave nell'esercizio dell'attività professionale» che, accertato con qualunque mezzo di prova, consente l'adozione da parte della stazione appaltante di un atto di esclusione dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve intendersi anche l'intesa anticoncorrenziale conclusa dall'operatore economico al fine di alterare a suo favore il libero dispiegarsi della concorrenzialità nell'ambito di una precedente procedura di gara. A tal fine, in conformità alle regole generali, la stazione appaltante deve: a) descrivere le condotte imputate; b) chiarire le ragioni per cui siffatte condotte dovevano reputarsi connotate dal carattere della gravità; c) specificare che i descritti comportamenti qualificavano l'operatore economico come oggettivamente inaffidabile e, comunque, tali da far ritenere irrimediabilmente leso il necessario rapporto fiduciario tra stazione appaltante e concorrente. L'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 consente alla stazione appaltante di prendere in esame «qualsiasi mezzo di prova» per accertare il «grave errore professionale», senza restrizioni ai soli provvedimenti inoppugnabili o confermati da sentenze passate in giudicato; diversamente, essa si porrebbe in contrasto con il dato normativo (cfr. Cons. Stato, V, 21 gennaio 2020, n. 478 e la stessa Corte di Giustizia nella sentenza 4 giugno 2019 afferma che il comportamento che integra*

una violazione delle norme in materia di concorrenza va accertato e sanzionato dall'autorità nazionale garante della concorrenza con "provvedimento confermato da un organo giurisdizionale": dunque, senza che ne sia necessaria la definitività). Anche il tempo trascorso tra i fatti contestati e gli atti di esclusione (5 anni) non rileva nell'ambito della valutazione della rilevanza dei pregressi errori. Risponde a logica, prima che a norme, che le misure di self-cleaning (rinnovo degli organi di vertice, in una con la revisione delle prassi aziendali fino a quel momento praticate) abbiano effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive alla adozione delle misure stesse. Solo dopo l'adozione delle misure di self-cleaning la stazione appaltante può dunque essere stimata al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio solo remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento" (Cons. Stato, Sez. V, n. 2260 del 2020).

Alla stregua delle considerazioni che precedono e dell'indirizzo giurisprudenziale ora richiamato, cui il Collegio intende attenersi e dare continuità, anche il secondo motivo di ricorso deve essere dunque accolto, con annullamento della determinazione del RUP racchiusa nel verbale del 18 febbraio 2020, in uno con gli atti ad essa connessi o conseguenti, dovendo l'Amministrazione, anche in tal caso, rideterminarsi secondo i principi sin qui delineati.

11. Dall'annullamento della suddetta determinazione, discende inoltre la declaratoria di inefficacia della convenzione quadro oggetto della gare e dei contratti *medio tempore* stipulati.

Va perciò dichiarato l'assorbimento dell'ulteriore censura, introdotta nei motivi aggiunti, sulla cui base la ricorrente ha riproposto la richiesta di declaratoria di inefficacia della convenzione, sostanzialmente in via subordinata, con specifico riguardo alla sola violazione dello *stand still* processuale.

Deve essere invece respinta, benché allo stato, la domanda di condanna al risarcimento del danno, tuttora insuscettibile di prova nell'*an* e nel *quantum*, dovendo l'Amministrazione rideterminarsi in merito alla permanenza dei contestati requisiti di partecipazione alla gara in capo al RTI controinteressato.

Infine, le spese devono essere compensate, in ragione della particolare complessità della vicenda esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi, nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020, tenuta in modalità videconferenza, con l'intervento dei Magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Nicola Bardino, Referendario, Estensore

Filippo Dallari, Referendario

L'ESTENSORE
Nicola Bardino

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO