

Pubblicato il 07/02/2022

N. 00845/2022REG.PROV.COLL.
N. 01246/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1246 del 2021, proposto da Civis s.p.a., Rangers s.r.l., Sicuritalia Ivri s.p.a. (già Sicuritalia s.p.a.), Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Carlo Malinconico, Domenico Gentile e Marco Napoli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Domenico Gentile in Roma, via del Banco di Santo Spirito, 42;

contro

CDS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli e Bruna Lazzerini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Regione Veneto, non costituita in giudizio;

Azienda Zero della Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sezione prima, n. 1244/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'appello incidentale autonomo di Azienda Zero della Regione Veneto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CDS s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 4 novembre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Calamita, in dichiarata delega degli avvocati Malinconico e Gentile, Lazzerini e Bernardi, in delega dell'avvocato Garofalo;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I. La Regione Veneto bandiva il 10 luglio 2017 una procedura aperta telematica, articolata in lotti, per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di vigilanza attiva e guardiania a favore degli enti operanti nella regione, gestita dell'Azienda Zero della Regione Veneto, che con atto 139/2018 aggiudicava il lotto n. 2 al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria Civis s.p.a. e mandanti Rangers s.r.l., Sicuritalia s.p.a. (oggi Sicuritalia Ivri s.p.a.) e Istituto di Vigilanza Privata Castellano s.r.l..

L'aggiudicazione era impugnata da CDS s.r.l., seconda graduata per lo stesso lotto, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, che respingeva il ricorso con sentenza della Sezione prima n. 1190/2018, confermata da questa Sezione del Consiglio di Stato con decisione 29 novembre 2019 n. 8167.

Con provvedimento del 12 novembre 2019, pubblicato il successivo 16 dicembre, quando la convenzione quadro oggetto di gara non era stata ancora stipulata, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato accertava che alcune società, tra cui la predetta mandante Sicuritalia, violando l'art. 101 TFUE, avevano dato luogo a una intesa, volta alla spartizione di gare,

analoghe a quella di cui sopra, svoltesi tra il 2013 e il 2017 nelle regioni Lombardia, Emilia-Romagna e Lazio, e ciò mediante l'utilizzo strumentale e anticoncorrenziale degli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e del subappalto. Sicuritalia risultava perciò destinataria di una sanzione pecuniaria, il cui importo (€ 8.328.592,00) era determinato tenendo conto anche delle misure di *self-cleaning* dalla medesima adottate.

CDS sottoponeva tale provvedimento all'esame di Azienda Zero. Lamentava la sua mancata comunicazione da parte del RTI Civis ed esponeva la rilevanza della condotta sanzionata quale grave illecito professionale escludente, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016, sollecitando l'espulsione dalla gara di cui sopra di Sicuritalia e del RTI Civis.

Azienda Zero, con atto del RUP datato 18 febbraio 2020, espletata l'istruttoria in contraddittorio con il RTI Civis e dato atto delle controdeduzioni svolte da CDS, escludeva la rilevanza della condotta ai fini considerati, all'uopo rilevando che: il provvedimento sanzionatorio non era ancora definitivo, essendo stato impugnato in sede giurisdizionale; la sanzione *antitrust* riguardava gare diverse da quella in parola, cui Sicuritalia aveva partecipato con altri *competitors*; Sicuritalia aveva fornito adeguate giustificazioni in ordine alle condotte contestate; Sicuritalia aveva comunicato l'adozione di misure di *self-cleaning* consistenti nell'approvazione di un modello organizzativo interno di *compliance antitrust*.

II. Con ricorso proposto innanzi al Tar per il Veneto CDS impugnava il predetto atto 18 febbraio 2020 e l'aggiudicazione, per come riaperta e integrata dal primo. Affermava che il RTI Civis avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per violazione degli obblighi dichiarativi (primo motivo), e denunciava l'illegittimità delle valutazioni espresse dal RUP perché fondate su argomentazioni deficitarie e parziali, e comunque inidonee ad attestare la persistente sussistenza in capo al RTI Civis dei requisiti di integrità morale e professionale (secondo motivo). Domandava l'annullamento dei provvedimenti gravati, l'accertamento dell'obbligo di Azienda Zero di

escludere dalla gara il RTI Civis e di provvedere conseguentemente in via di autotutela sull'aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato e la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica. Con motivi aggiunti censurava la sopravvenuta stipula della convenzione quadro oggetto di gara (19 febbraio 2020), anche per violazione dello *stand still* processuale.

Regione Zero e il RTI Civis si costituivano nel giudizio così instaurato formulando eccezioni di rito e di merito.

III. L'adito Tribunale definiva l'impugnativa con sentenza n. 1244/2020, che, in sintesi:

- in via preliminare, escludeva l'inammissibilità dell'impugnativa per carenza di interesse eccepita dalle parti resistenti. Osservava che l'eccezione era fondata sul rilievo dell'afferenza degli eventuali effetti escludenti della sanzione in parola alla sola fase esecutiva, e sulla conseguente prospettata possibilità di operare una modifica in riduzione del raggruppamento ai sensi dell'art. 48 commi 17 e 19-ter d.lgs. 50/2016, che avrebbe potuto precludere, al più, la disamina del secondo motivo di ricorso, senza intaccare l'interesse alla definizione del primo. Riteneva comunque l'infondatezza dell'eccezione, sulla base del consolidato principio giurisprudenziale secondo cui i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche devono essere posseduti anche nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, e mantenuti senza alcuna interruzione per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, derivandone l'insuscettibilità dell'invocato rimedio di sanare la carenza del requisito della dichiarata assenza di pregiudizi escludenti preclusivi dell'affidamento, ancorchè verificatasi nella predetta fase intermedia pubblicitica;
- riteneva sulla base dello stesso principio la fondatezza del primo motivo di ricorso, limitatamente alla parte volta a censurare la mancata valutazione da parte della stazione appaltante della violazione dell'obbligo, incombente sul RTI Civis, di dichiarare i fatti sopravvenuti all'aggiudicazione, al fine della

verifica della possibile insorgenza di dubbi sulla sussistenza dei requisiti di integrità e di affidabilità dell'operatore economico. Rilevava che la violazione contestata era potenzialmente idonea a incidere su tali requisiti, e affermava l'obbligo della stazione appaltante di determinarsi al riguardo, vagliando la violazione in concreto e la sua possibile valenza escludente;

- riteneva la fondatezza del secondo motivo di ricorso, affermando l'inadeguatezza delle motivazioni poste a fondamento della valutazione di non rilevanza del provvedimento sanzionatorio AGCM.

Per l'effetto, il Tar: in parziale accoglimento del ricorso e assorbiti i motivi aggiunti, annullava la impugnata determinazione 18 febbraio 2020 e gli atti connessi e conseguenti, stabiliva l'obbligo dell'Amministrazione di rideterminarsi alla stregua dei principi richiamati in sentenza e dichiarava l'inefficacia della convenzione quadro oggetto di gara e dei contratti stipulati nelle more del giudizio; respingeva invece la domanda risarcitoria; compensava le spese del giudizio.

IV. Il RTI Civis ha appellato la predetta sentenza, avverso cui ha dedotto: 1) *Errores in iudicando et in procedendo*; erroneità della sentenza nella parte in cui ha disatteso l'eccezione preliminare di difetto di interesse formulata dal RTI Civis; 2) *Errores in iudicando et in procedendo*; erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso di CDS; 3) *Errores in iudicando et in procedendo*; erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondato il secondo motivo del ricorso di CDS. Ha concluso per la riforma della sentenza appellata e, conseguentemente, per la reiezione del ricorso di primo grado.

V. Azienda Zero ha proposto appello incidentale autonomo, sostenendo l'erroneità della sentenza sotto vari profili e parimenti concludendo per la riforma della sentenza appellata e la reiezione del ricorso e dei connessi motivi aggiunti.

VI. CDS si è costituita in resistenza, esponendo l'infondatezza degli avversi appelli.

VII. Con ordinanza 22 marzo 2021, n. 1454, la Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata nell'appello principale, rilevando che all'esame esame proprio della fase cautelare *“il ragionamento svolto dal giudice di primo grado nella sentenza impugnata non pare superato dalle argomentazioni contenute nei motivi di appello per essere mancato nel provvedimento di Azienda Zero un completo esame delle condotte della concorrente sanzionate dall'AGCM nell'ottica della sua affidabilità ed integrità come operatore economico”*.

VIII. Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

In tale ambito, CDS ha fatto constare che il Tar per il Lazio, con sentenza n. 8825/2021, ha respinto il ricorso proposto da Sicuritalia avverso il provvedimento sanzionatorio AGCM.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 4 novembre 2021.

DIRITTO

1. Gli appelli principale e incidentale in esame sono infondati.
2. Con il primo motivo l'appellante principale RTI Civis sostiene che il Tar non avrebbe adeguatamente esaminato l'eccezione preliminare svolta a suo tempo dalle parti resistenti, avendola ritenuta preclusiva dell'esame del solo secondo motivo di ricorso, che poi, invece, ha esaminato e accolto nel merito, e ciò senza neanche pronunziarsi sulla possibilità della modifica in riduzione del raggruppamento, su cui essa si è fondata.

Il RTI Civis reitera quindi l'eccezione, *ex art.* 101, comma 2, Cod. proc. amm., sostenendo che, poiché la mandataria è in possesso in proprio dei requisiti generale e speciali di partecipazione, anche l'eventuale perdita del requisito di affidabilità professionale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c), ovvero lett. c-*bis*) o f-*bis*), del d.lgs. 50/2016 in capo a Sicuritalia, per effetto del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui in fatto, non potrebbe mai determinare l'esclusione del raggruppamento, dovendo trovare applicazione la deroga al principio di immodificabilità

soggettiva di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, e con essa la possibilità di estromettere la mandante dalla compagine aggiudicataria, in conformità ai commi 17 e seguenti dello stesso articolo 48, con conseguente insussistenza dell'interesse a ricorrere di Civis, e ciò in riferimento a tutti i motivi di ricorso da questa proposti.

2.1. Entrambi i rilievi di cui si compone l'eccezione sono completamente destituiti di fondamento.

2.2. Innanzitutto, il Tar ha ritenuto l'interesse a ricorrere di CDS con riferimento a tutte le doglianze ricorsuali.

L'affermazione che la contraria eccezione delle parti resistenti avrebbe potuto precludere, al più, il solo esame del secondo motivo è infatti una delle argomentazioni difensive a suo tempo svolta da CDS, che il primo giudice, utilizzando una tecnica argomentativa non inusuale nei provvedimenti giurisdizionali, ha fatto dichiaratamente propria (capo 9.1.), per poi superare la connessa limitazione, rilevando che l'eccezione "*va in ogni caso disattesa*" (capo 9.2.), e tanto in relazione all'impossibilità di "sanare" la carenza del requisito dell'assenza di pregiudizi escludenti sopravvenuta nella fase intercorrente tra aggiudicazione e stipula del contratto, in forza del principio giurisprudenziale contestualmente richiamato (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 5, 6 e 10 del 2016; n. 8 del 2015), della 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 e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

2.3. Il Tar non è incorso neanche nella seconda omissione valutativa denunciata.

Sul punto, va rilevato che l'eccezione preliminare di cui sopra, a suo tempo formulata dal RTI Civis e dalla stazione appaltante, e qui riproposta dal primo, fonda sull'eventuale estromissione della mandante Sicuritalia dal raggruppamento aggiudicatario, che, per l'effetto, eseguirebbe l'affidamento non nella compagine che ha partecipato alla gara e ha conseguito l'aggiudicazione, ma in una nuova configurazione, risultante dalla "sottrazione" di Sicuritalia ovvero dalla sostituzione della medesima con altro operatore qualificato.

L'argomentazione si risolve quindi nella evocazione da parte del soggetto interessato di una circostanza futura e ipotetica, mai contemplata, e tanto meno autorizzata, in alcun provvedimento: in quanto tale, essa è del tutto inidonea a paralizzare l'esame di merito della domanda di giustizia esperita da CDS, sicchè bene ha fatto il primo giudice sia a esaminare tutte le doglianze ricorsuali sia a non pronunziarsi sull'evenienza.

Invero, quanto al primo aspetto, alla luce delle note coordinate giurisprudenziali che definiscono, da un lato, l'interesse a ricorrere come caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 Cod. proc. civ., e quindi dalla prospettazione di una lesione concreta e attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivargli dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (da ultimo, Cons. Stato, V, 1° luglio 2021, n. 5022), e, per converso, correlano l'inammissibilità per carenza di interesse alle ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (Cons. Stato, V, sez. V, 13 novembre 2020, n. 7000), sono evidenti sia l'interesse di CDS, seconda classificata nel lotto per cui è causa, a contestare in giudizio la permanenza dei requisiti di integrità e affidabilità professionale del RTI Civis, aggiudicataria dello stesso lotto, sia il vantaggio immediato e concreto che la medesima conseguirebbe per effetto dell'eventuale accoglimento dell'azione.

Quanto, invece al secondo aspetto, la *“la possibilità della modifica in riduzione del RTI in vista della stipula”*, ai sensi dell’art. 48 commi 17 e seguenti del d.lgs. n. 50/2016, è eventualità su cui, come detto, la stazione appaltante non ha assunto alcuna determinazione, con conseguente operatività del divieto di cui all’art. 34 comma 2 Cod. proc. amm., che stabilisce che *“In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

2.4. Infine, non rileva neanche la notazione della parte appellante che la eventuale perdita del requisito generale in capo alla mandante per effetto del provvedimento sanzionatorio AGCM 16 dicembre 2019 sia emersa decorso un lungo lasso di tempo dall’aggiudicazione del 2 maggio 2018, la quale, si prosegue, non sarebbe stata immediatamente seguita dalla stipula del contratto a causa del contenzioso infondatamente promosso da CDS (il riferimento è alle due sentenze citate in fatto, Tar Veneto n. 1190/2018 e Cons. Stato n. 8167/2019, che hanno a suo tempo respinto il ricorso e l’appello proposto da CDS avverso l’aggiudicazione): anche in disparte il fatto che negli atti di causa non vi è alcuna evidenza che la mancata stipula del contratto nell’intero periodo di cui sopra sia dipesa dal predetto contenzioso, nell’ambito del quale l’aggiudicazione non è mai stata sospesa, il diritto di difesa in giudizio legittimamente, ancorchè infruttuosamente, esercitato a suo tempo da CDS non può certo ridondare in un impedimento all’esercizio dello stesso diritto rispetto a vicende sopravvenute, che riguardano profili dell’aggiudicazione diversi da quelli che hanno a suo tempo formato oggetto del giudizio di legittimità.

3. Il secondo motivo dell’appello principale si dirige avverso il capo della sentenza gravata che ha stigmatizzato la mancata valutazione da parte della stazione appaltante della violazione da parte del RTI Civis dell’obbligo di dichiarare la sussistenza del ridetto provvedimento AGCM, ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c-*bis*) del d.lgs. 50/2016.

Il RTI Civis richiama al riguardo la giurisprudenza che, nel vigore del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006 (art. 51), e

nel silenzio della legge che ancora perdura, ha fatto coincidere il termine ultimo per la comunicazione delle variazioni delle situazioni giuridiche soggettive dell'operatore economico sopravvenute all'aggiudicazione con la stipula del contratto.

Su tale presupposto, l'appellante principale sostiene che il Tar, nel rilevare la condotta omissiva in riferimento al dato temporale costituito dal momento in cui CDS ha trasmesso il provvedimento AGCM alla stazione appaltante, che si è caratterizzato per notevole celerità (6 giorni lavorativi decorrenti dalla sua pubblicazione, escludendosi cioè il sabato, la domenica e le festività natalizie), abbia utilizzato un criterio temporale del tutto aleatorio, senza vieppiù considerare che detta trasmissione, seguita dall'immediata attivazione istruttoria della stazione appaltante, che il raggruppamento ha prontamente riscontrato, avrebbe reso di fatto inutile e non pretendibile, pena la violazione del divieto di aggravio del procedimento, una ulteriore comunicazione da parte di questo: nella fattispecie non sarebbe pertanto prospettabile alcuna omissione comunicativa.

Il motivo va respinto, perché debole nell'argomentazione giuridica e fuorviante in fatto.

3.1. Con le due qui invocate sentenze (V, 25 febbraio 2016, n. 773 e IV, 8 febbraio 2017, n. 549), incentrate sull'applicazione dell'art. 51 del previgente Codice appalti, e pertanto relative a variazioni delle situazioni giuridiche soggettive dipendenti da cessione e affitto di azienda o di un suo ramo, ovvero da trasformazioni, fusioni e scissioni societarie, questo Consiglio di Stato ha preso atto che la norma non contemplava un termine per comunicare detti eventi ai fini ivi previsti, costituiti dall'ammissione del cessionario, affittuario e del soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, alla gara, all'aggiudicazione e alla stipulazione, previa verifica dei requisiti di ordine generale e speciale; ha indi affermato che, in ogni caso, la stazione appaltante debba essere messa in condizione di

effettuare le verifiche sul possesso dei requisiti in capo al nuovo soggetto prima della stipula del contratto.

Sicchè, si tratta, da un lato, della constatazione di una lacuna regolatoria, e, dall'altro, della presa d'atto della sussistenza di un termine che può dirsi "naturale", in quanto correlato alla evidenza della necessaria anteriorità delle verifiche in parola, e quindi della comunicazione alle stesse strumentale, alla stipula contrattuale: e nessuna di tali operazioni refluisce in giustificazioni dell'omissione dell'obbligo di comunicazione o della indebita procrastinazione del suo soddisfacimento, in violazione dei principi di buona fede, correttezza e leale cooperazione.

Tant'è che proprio nello stesso ambito è stato rilevato il pericolo connesso a "*elusioni favorite dal ritardo nella comunicazione del mutamento soggettivo*" (così Cons. Stato, IV, n. 549/2017 cit., in rapporto a Cons. Stato, V, 26 marzo 2012, n. 1732).

3.2. Chiarito doverosamente quanto sopra, si osserva che il motivo in esame lascia intendere che allorquando CDS ha trasmesso il provvedimento AGCM del 16 dicembre 2019 alla stazione appaltante, che lo ha ricevuto il 30 dicembre 2019, il raggruppamento fosse ancora in termini per provvedere a una sua autonoma comunicazione, poi divenuta inutile per effetto della trasmissione stessa.

Ma un siffatto scenario è smentito *per tabulas*, dal momento che nel periodo considerato dalla censura (16 dicembre 2019/30 dicembre 2019), e segnatamente il 20 dicembre 2019, lo spazio per detta comunicazione si era già esaurito. Infatti il raggruppamento, dopo essersi costituito il 18 dicembre 2019, ha sottoscritto la convenzione quadro oggetto di causa il 20 dicembre 2019. Questa si è poi perfezionata con la sottoscrizione della stazione appaltante apposta il 19 febbraio 2020, dopo il provvedimento annullato in primo grado, con cui la stazione appaltante ha ritenuto l'irrilevanza della sanzione *antitrust* ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016.

Di tanto ha dato atto la stessa stazione appaltante, che già nella memoria di costituzione in primo grado segnalava che l'accordo quadro era stato “*firmato dal legale rappresentante di Civis il 20 dicembre 2019*” e che la nota di trasmissione della sanzione antitrust da parte di CDS era stata ricevuta quando l'accordo stesso “*risultava già sottoscritto da tempo*” (pag. 3).

Quindi, l'inadempimento all'obbligo dichiarativo vi è stato, e ciò anche nella prospettiva considerata dal primo profilo di censura, la quale, può aggiungersi, non può essere seguita neanche nella sua evoluzione, trattandosi di un obbligo che per la giurisprudenza, attenendo ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti dei partecipanti con la stazione appaltante, si impone *ex se*, ovvero anche a prescindere dal fatto che la stazione appaltante sia o meno a conoscenza del fatto che ne costituisce oggetto (Cons. Stato, V, 24 settembre 2018, n. 5500; 18 gennaio 2016, n. 122; 11 dicembre 2014, n. 6105), mentre è pacifico che il provvedimento impugnato non vi abbia fatto alcun cenno.

E' pertanto corretto l'avviso del primo giudice che, posta la “*chiara incidenza*” del provvedimento AGCM sui requisiti di integrità e di affidabilità del concorrente, ha rilevato come la stazione appaltante abbia ommesso di vagliare l'omissione dichiarativa da parte del RTI Civis ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c-*bis*) del d.lgs. 50/2016.

Si rammenta sul punto che, per giurisprudenza ormai consolidata, se pure le omissioni dichiarative non danno luogo a un automatismo escludente, tuttavia a fini della formulazione della prognosi sull'integrità e affidabilità del concorrente è necessario l'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante (da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen. n. 16 del 2020; V, 27 luglio 2021, n. 5558; 9 gennaio 2019, n. 196; IV, 5 agosto 2020, n. 4937).

4. A questo punto va rammentato che con il provvedimento annullato in primo grado la stazione appaltante ha affermato l'irrilevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016, della sanzione antitrust comminata alla mandante Sicuritalia da AGCM, per avere

questa violato l'art. 101 TFUE partecipando a una intesa con altre società finalizzata alla spartizione di gare analoghe a quella per cui è causa, svoltesi tra il 2013 e il 2017 nelle regioni Lombardia, Emilia-Romagna e Lazio, mediante l'utilizzo strumentale e anticoncorrenziale degli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e del subappalto.

Il predetto diniego si è fondato sulla seguente, testuale, motivazione:

“· *il provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato nei confronti di Sicuritalia S.p.A. non ha carattere definitivo;*

· *i raggruppamenti temporanei di imprese sanzionati da AGCM si riferiscono ad altre gare d'appalto alle quali ha preso parte Sicuritalia S.p.A. in raggruppamento con altri competitors;*

· *con nota prot. n. 1941 del 31/01/2020 Sicuritalia S.p.A. ha fornito adeguate giustificazioni in merito alle condotte contestate;*

· *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”.*

5. Ciò posto, con il terzo e ultimo motivo dell'appello principale il RTI Civis avversa sotto vari profili le conclusioni rese dal primo giudice che, in accoglimento del secondo motivo di ricorso di CDS, sulla scorta della “speciale gravità” delle condotte sanzionate, della loro “vicinanza temporale” rispetto alla gara per cui è causa, nonché della “sopravalutazione delle misure di self-cleaning” adottate da Sicuritalia, ha ritenuto l'inadeguatezza delle predette motivazioni.

5.1. Al riguardo, va innanzitutto escluso che, come sostenuto dal raggruppamento appellante, il Tar, nel sottolineare i tre aspetti di cui appena sopra, abbia invaso la sfera di competenza amministrativa e sia pertanto incorso in un eccesso di giurisdizione.

Per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, l'esclusione da una gara di appalto fondata sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali dell'amministrazione pubblica, sin dal momento genetico, richiede una motivata valutazione della stazione appaltante; questa esprime un potere discrezionale soggetto al controllo e al sindacato giurisdizionale nei consueti

limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti, competendo all'amministrazione *“l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente: onde il relativo sindacato, propriamente incentrato sulla motivazione del rifiuto, va rigorosamente mantenuto sul piano della verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione”* (Cons. Stato, 21 gennaio 2020, n. 479; 17 settembre 2018, n. 5424; III, 9 gennaio 2020, n. 158). Segnatamente, il potere discrezionale di cui sopra ha a oggetto la valutazione di *“se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico connesso alla realizzazione, nella specie, di determinati servizi”* (Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4253; VI, 14 agosto 2013, n. 4174).

Le predette conclusioni sono confermate e non superate dalla già citata Adunanza plenaria n. 16 del 2020, invocata anche dal RTI Civis, che, rimarcando la spettanza della valutazione dell'omissione di informazioni in grado di incidere sul giudizio di integrità e affidabilità del concorrente all'autorità amministrativa, afferma che per essa operano *“i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare 'il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente [...] che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione”*.

Quindi, per quanto qui di interesse: la valutazione amministrativa in parola riguarda precipuamente il giudizio di affidabilità o di inaffidabilità dell'operatore economico; essa è soggetta al sindacato giurisdizionale; tale sindacato non concerne la condivisibilità o meno del giudizio discrezionale espresso dall'amministrazione, bensì si incentra sulla relativa motivazione, e segnatamente sulla sua idoneità a sorreggere la determinazione finale, sotto il profilo della ragionevolezza e della idoneità delle esposte argomentazioni.

La sentenza impugnata non travalica l'ambito delineato dalle predette coordinate ermeneutiche, non avendo in particolare effettuato alcuna autonoma valutazione della vicenda oggetto di giudizio né espresso giudizi afferenti il merito dell'apprezzamento amministrativo.

Tali non sono, infatti, i richiami qui contestati, che costituiscono, per un verso, dei meri parametri di misura della rilevata incongruenza motivazionale, e, per altro verso, a fini conformativi, gli aspetti ritenuti meritevoli di "*approfondimenti di maggiore latitudine*" (capo 10.2).

Del resto, l'insussistenza di una invasione della sfera di competenza dell'amministrazione è comprovata dal fatto che questa, proprio per effetto della sentenza, è stata chiamata a rideterminarsi.

5.2. A tale ultimo riguardo, è palesemente infondato anche il rilievo secondo cui, per ottemperare all'appena detto comando giurisdizionale, la stazione appaltante dovrebbe svolgere approfondimenti su aspetti che neanche AGCM ha indagato.

Infatti, ciò che la sentenza impugnata ha imposto all'amministrazione altro non è che la riedizione del potere valutativo suo proprio mediante una maggior ponderazione della vicenda *sub iudice*, e tanto, non essendo stata neanche richiesta l'acquisizione di ulteriori elementi istruttori, rende privo di qualsiasi connessione oggettiva con la stessa l'avviso di RTI Civis che si tratti di "*svolgere approfondimenti su gare (quella centralizzata della Regione Veneto) e su soggetti (tutti i partecipanti al RTI Civis tranne Sicuritalia) [...] estranei al contestato illecito*", mediante l'esercizio di poteri che vieppiù "*le stazioni appaltanti non hanno*".

In particolare, alla piana lettura del capo di sentenza 10.2. qui in contestazione ("*Ritiene infatti il Collegio che la motivazione del provvedimento non tenga in adeguata considerazione la speciale gravità delle 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 maggiore 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"), risulta evidente che l'avviso del primo giudice circa l'impossibilità di escludere l'incidenza dell'illecito alle sole procedure indagate da AGCM e in ordine alla rilevanza della sanzione comminata a Sicuritalia sul mercato di riferimento in generale è strettamente correlata alla sola questione oggetto del giudizio, ovvero la permanenza dei requisiti generali in capo al raggruppamento, e alla ritenuta inadeguatezza delle motivazioni del provvedimento impugnato che la hanno positivamente risolta.

5.3. Non è conducente neanche l'argomentazione secondo cui, per la giurisprudenza, solo l'esclusione dalla gara del raggruppamento avrebbe richiesto un particolare corredo motivazionale.

In linea generale, non operando nel caso che occupa, come detto, alcun automatismo espulsivo, *“la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente”*, e al giudice amministrativo è rimessa la *“valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione”* (Ad. plen., n. 12 del 2020, cit.), sicchè la questione della sufficienza della relativa motivazione va apprezzata tenendo conto non del suo esito, bensì della completezza dell'esame di tutti gli elementi, di ordine fattuale e giuridico che, nella concreta fattispecie, risultino rilevanti in quanto potenzialmente incidenti sull'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico, nonché della tenuta logica delle argomentazioni con cui l'amministrazione li ha trattati. Del resto, la stessa giurisprudenza citata nel motivo, in relazione al sindacato di legittimità estrinseco operabile su valutazioni fiduciarie riservate alla pubblica amministrazione, pur rilevando che *“la giustificazione della scelta può desumersi per relationem dagli elementi documentali versati in atti, non richiedendosi l'assolvimento di un particolare onere motivazionale o con*

il richiamo implicito al titolo penale acquisito al procedimento amministrativo, attraverso il quale il giudice è comunque posto nelle condizioni di esercitare il controllo nei limiti del sindacato di legittimità estrinseco operabile su valutazioni fiduciarie riservate alla pubblica amministrazione”, afferma che “è imprescindibile che l’Amministrazione abbia acquisito tutti i dati utili ed effettuato le conseguenti valutazioni circa l’affidabilità morale del concorrente” (Cons. Stato, III. 3 dicembre 2015, n. 5481, in un caso in cui, peraltro, è stata riconosciuto l’analitico apprezzamento della concreta incidenza della condanna penale sulla moralità professionale dell’operatore economico; V, 28 luglio 2015, n. 3718. L’ulteriore precedente che afferma l’assunto qui invocato, di cui a VI, 18 luglio 2016, n. 3198, attiene invece a una determinazione in forma tacita di insussistenza dell’ipotesi di un grave errore professionale escludente, connotata da sue proprie particolarità, di cui è stata accertata la legittimità, sulla scorta del fatto che le annotazioni del casellario Anac “*non irragionevolmente sono state ritenute tali da non incrinare l’affidabilità del concorrente*”). Da ultimo, questa Sezione ha affermato in una fattispecie analoga a quella qui in esame che “*la stazione appaltante ha il dovere di motivare adeguatamente le ragioni per le quali, pur a fronte di un’intesa anticoncorrenziale accertata e presupposta da un atto sanzionatorio dell’Autorità, ritenga comunque affidabile l’operatore economico e dunque lo ammetta alla procedura*” (Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2260).

Infine, è comunque dirimente osservare che la sentenza impugnata ha ritenuto l’inadeguatezza motivazionale delle specifiche argomentazioni che la stessa stazione appaltante ha esternato nel provvedimento gravato, sicchè non si vede come il primo giudice potesse non tenere conto della loro effettiva consistenza, e nulla muta considerando che, come pure sottolineato dalla deducente, la determinazione finale sia stata preceduta da acquisizioni istruttorie e si sia tradotta in un provvedimento espresso, non avendo mai il Tar affermato il contrario.

5.4. Quanto alle censure che si dirigono avverso la ritenuta sopravvalutazione delle misure di *self cleaning* adottate da Sicuritalia, che la deducente illustra

anche partitamente, va osservato che:

- il primo giudice, nell'affermare che queste producono effetti solo per il futuro e non hanno conseguenze riabilitanti, si è attenuto a un costante orientamento di questo Consiglio di Stato secondo cui nel caso in cui tale *“indotto ravvedimento operoso”* sia rappresentato *“dal comportamento dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di reato o di una condotta di illecito dimostri di essersi, per un verso, adoperato per la eliminazione, retrospettiva, del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, pro futuro, la commissione di ulteriori reati o illeciti”*, è *“chiara l'operatività solo pro futuro delle misure organizzative virtuose”* (tra tante, V, 17 settembre 2018, n. 5424);

- non rileva che il procedimento sanzionatorio *antitrust* sia stato avviato e si sia concluso in epoca di gran lunga successiva alla scadenza del termine per presentare le offerte nella gara *de qua* e alla sua aggiudicazione in favore del raggruppamento, atteso che le condotte accertate e sanzionate riguardano un periodo (2013/2017) che, come correttamente rilevato dal primo giudice, è in *“evidente vicinanza temporale”* rispetto alla procedura, bandita il 10 luglio 2017;

- è ultronea l'affermazione della deducente che la questione giuridica in contestazione è se l'aggiudicataria abbia mantenuto ii requisiti generali di partecipazione, dal momento che il giudizio di primo grado si è incentrato proprio su tale aspetto, e la sentenza impugnata, nel ritenere l'inadeguatezza del pronunciamento positivo reso al riguardo dall'amministrazione, nonché nell'imporre, conseguentemente, la riedizione del potere valutativo amministrativo, bene poteva richiamare la giurisprudenza formatasi sul tema della valenza delle misure di *self-cleaning*, che ha concorso alla formazione del convincimento giudiziale.

5.5. Il raggruppamento appellante lamenta che il primo giudice non abbia tenuto in considerazione le molteplici circostanze dedotte da Sicuritaria e dal raggruppamento in sede istruttoria, richiamate *per relationem* nel

provvedimento impugnato, tra cui la non definitività della sanzione *antitrust*, che, all'atto, era oggetto di impugnativa in primo grado.

La censura non è conducente.

Pur dovendosi dare atto che, per le ragioni indicate dalla deducente, la questione non può dirsi del tutto definita sotto il profilo regolatorio (stante la perdurante pendenza di una proposta di aggiornamento, in senso favorevole alla deducente, del punto 2.2.3.1 delle Linee guida Anac n. 6, che stabilisce che la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente anche i provvedimenti “*esecutivi*” dell'AGCM di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare, sulla quale si è pronunciata la Commissione speciale di questo Consiglio di Stato con parere 13 novembre 2018, n. 2616), rileva il principio secondo cui non è indispensabile che i gravi illeciti professionali da porre a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) d.lgs. 50/2016, o comunque da valutare nel giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico, siano accertati, in caso di illecito *antitrust*, mediante un provvedimento amministrativo definitivo, da intendersi per tali i provvedimenti inoppugnabili o confermati da sentenze passate in giudicato, essendo sufficiente per la stazione appaltante la presa in esame di “qualsiasi mezzo di prova” idoneo ad accertare il “grave errore professionale”, senza restrizioni; diversamente, vi sarebbe contrasto con il dato normativo, nonché con la giurisprudenza della Corte di Giustizia (ordinanza 4 giugno 2019, causa C-425/18), che 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*”, e, dunque, senza che ne sia necessaria la definitività nei sensi sopra precisati (da ultimo, Cons. Stato, V, n. 2260 del 2020, cit.; per la rilevanza nella valutazione

che occupa di un accertamento non ancora “definitivo” nei sensi considerati, vedasi anche V, 24 febbraio 2020, n. 1381).

Tanto chiarito, nulla vi è da dire in riferimento ad altre circostanze giustificative, che non sono state qui illustrate, mentre non può non darsi atto, per completezza, che nelle more il Tar per il Lazio, con sentenza n. 8825/2021, ha respinto il ricorso proposto da Sicuritalia avverso il provvedimento AGCM.

6. Per tutto quanto precede, l'appello principale deve essere respinto.

7. Può quindi passarsi alla disamina dell'appello incidentale della stazione appaltante, che ha contestato la sentenza impugnata sotto vari profili, non assistiti da specifici motivi di appello, che peraltro, tenendo conto dell'effettivo contenuto delle doglianze, possono essere sintetizzati e vagliati nei seguenti termini.

7.1. Secondo Azienda Zero, il Tar avrebbe errato nel respingere la sua eccezione di inammissibilità del ricorso di CDS, poiché anche l'eventuale qualificazione come grave illecito professionale escludente della condotta anticoncorrenziale accertata e sanzionata in capo alla mandante Sicuritalia non inficierebbe l'aggiudicazione al RTI Civis, stante la possibilità del raggruppamento di indicare un operatore economico subentrante o eseguire il servizio direttamente o a mezzo delle altre mandanti.

La censura va respinta per gli stessi motivi esposti in occasione della reiezione del primo motivo dell'appello principale.

7.2. Per la deducente incidentale, nell'accogliere il primo motivo del ricorso di CDS, e nello stigmatizzare la mancata valutazione da parte della stazione appaltante della violazione da parte del RTI Civis degli obblighi informativi, il Tar avrebbe violato l'art. 112 Cod. proc. civ., avendo omesso di pronunciarsi su due eccezioni di inammissibilità spiegate da Azienda Zero, qui riproposte *ex art.* 101 comma 2 Cod. proc. amm..

Sul punto, va innanzitutto richiamato il costante avviso giurisprudenziale per cui, stante l'effetto devolutivo dell'appello, l'omessa pronuncia su una o più

censure proposte con il ricorso giurisdizionale è vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato a eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (tra altre, Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n.666; V, 30 luglio 2020, n. 4856).

Ciò posto, con la prima eccezione si sostiene che CDS, nel trasmettere il provvedimento AGCM alla stazione appaltante, non ha lamentato alcuna carenza dichiarativa, e che proprio per questo il provvedimento impugnato non si è pronunciato sulla questione, e si afferma conclusivamente che il Tar non poteva quindi pronunciare su di essa, non essendo ordinariamente prevista nel nostro ordinamento un'azione di puro accertamento. Con la seconda si sostiene che alla data della ricezione della nota di CDS non vi era alcuna omissione dichiarativa.

Tali eccezioni non possono trovare accoglimento.

Quanto alla prima, l'ordinamento della giustizia amministrativa non contempla una sorta di condizione dell'azione quale la previa richiesta di autotutela, la cui carenza è stata qui opposta.

Inoltre, sotto un profilo più sostanziale, può osservarsi che, come correttamente obiettato da CDS, la stazione appaltante è sempre tenuta a garantire autonomamente la regolarità e la legittimità di una procedura (nel caso specifico, di gara), sicchè Azienda Zero, una volta venuta a conoscenza della sanzione AGCM per il tramite di CDS, era senz'altro nelle condizioni di valutare che il provvedimento non le era stato dal medesimo comunicato, e di assumere in relazione a siffatta condotta ogni determinazione rientrante nel suo potere discrezionale.

Il qui contestato capo di sentenza non contrasta neanche con l'art. 34 comma 2 Cod. proc. amm., come pure ventilato dall'appellante incidentale, dal momento che il primo giudice non ha tratto alcuna conseguenza dall'accertamento della omissione dichiarativa, ma si è limitato a stabilire che *“la stazione appaltante dovrà determinarsi nel merito, nell'esercizio della propria*

discrezionalità amministrativa (e in assenza di qualsiasi automatismo), vagliando in 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" (capo 10.1).

Quanto alla seconda eccezione, la tesi che alla data della comunicazione di CDS non vi fosse alcuna omissione dichiarativa è già stata sopra esaminata e respinta, con motivazioni a cui integralmente si rimanda.

7.3. Secondo Azienda Zero il Tar, nel rimettere formalmente alla stazione appaltante la valutazione in ordine alle conseguenze da ascrivere alla violazione dell'obbligo dichiarativo e la riedizione del potere valutativo già esercitato con l'atto annullato, avrebbe in sostanza interamente esaurito ogni margine di valutazione amministrativa, così incorrendo nella violazione degli artt. 34 comma 2 e 7 commi 2 4 e 6 Cod. proc. amm.

Il rilievo è platealmente smentito dal tenore della sentenza impugnata, che, quanto agli obblighi informativi, ne ha ritenuto la violazione, al contempo espressamente chiarendo come la stessa non integrasse un'automatica causa di esclusione, dovendo essere vagliata discrezionalmente dalla stazione appaltante.

Quanto invece alla ordinata riedizione del potere valutativo circa l'affidabilità e l'integrità del concorrente, è da escludere, come già sopra accertato, che il primo giudice abbia effettuato una autonoma valutazione della vicenda *sub iudice*, correlandosi l'effettuato apprezzamento delle sue peculiari caratteristiche alla individuazione dei parametri di misura della rilevata incongruenza motivazionale, da cui è stata tratta la necessità di "*approfondimenti di maggiore latitudine*" (capo 10.2).

Non può pertanto aderirsi alla conclusione della stazione appaltante che la sentenza si traduca in un accertamento dell'obbligo di esclusione, quanto meno di Sucuritalia, forse dell'intero RTI.

7.4. La stazione appaltante sostiene che nella vicenda di cui trattasi l'unico soggetto onerato dell'obbligo informativo in ordine al provvedimento

sanzionatorio AGCM sarebbe Sicuritalia, essendo rimasto indimostrato che la mandataria e le altre mandanti del raggruppamento ne fossero a conoscenza nel breve periodo intercorrente tra la pubblicazione del provvedimento (16 dicembre 2019) e la sua comunicazione ad Azienda Zero da parte di CDS (27/30 dicembre 2019).

La censura non può essere condivisa.

In caso di RTI gli obblighi informativi gravanti sul concorrente e le conseguenze di una loro violazione sono imputabili al raggruppamento nel suo complesso, così come rappresentato nei suoi rapporti con la stazione appaltante dalla mandataria; e ciò tanto più laddove il raggruppamento sia anche già formalmente costituito, come nel caso di specie, in cui il mandato speciale con rappresentanza a Civis è stato conferito dalle altre imprese associate il 18 dicembre 2019, ovvero due giorni dopo la pubblicazione dell'atto sanzionatorio e prima della comunicazione di CDS.

7.5. Alla luce dell'espresso *remand* di cui al *decisum* di primo grado, non si ravvisa il contrasto con il principio giurisprudenziale invocato da Azienda Zero, secondo cui la violazione dell'obbligo informativo non è rilevante a fini espulsivi in sè, bensì in funzione dell'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, da eseguirsi anche in considerazione del fatto omesso.

7.6. Quanto alle censure fondate sulla non definitività del provvedimento *antitrust*, possono essere richiamate le motivazioni con cui sono state respinte le analoghe censure dell'appellante principale, non senza ulteriormente osservare che la stessa stazione appaltante non ha escluso, in astratto, la potenziale efficacia escludente del provvedimento, avendo avviato e concluso uno specifico procedimento per valutarne compiutamente l'incidenza nella procedura di gara.

7.7. La stazione appaltante, sul presupposto di aver adeguatamente tenuto conto della gravità delle condotte di Sicuritalia, in uno, peraltro, alle giustificazioni da queste presentate, che si espongono essere non irragionevoli

né pretestuose, sostiene che l'ordine di riedizione del potere valutativo sia di fatto un ordine di esclusione.

La censura va respinta, perché in parte ripetitiva di doglianze già negativamente esaminate, e per il restante infondata, atteso che il mero accenno contenuto nel provvedimento alle giustificazioni di Sicuritalia non dà alcun conto delle ragioni poste a base del loro accoglimento.

7.8. Bene poteva il Tar, nel valutare l'inadeguatezza dell'apprezzamento compiuto con l'atto impugnato, sottolineare, tra altro, la vicinanza temporale tra le condotte sanzionate da AGCM e la gara oggetto di giudizio, anche se tale circostanza non era stata evidenziata nel ricorso di CDS: si tratta infatti di un elemento oggettivo immediatamente desumibile dagli atti del giudizio, e strettamente connesso alla pretesa demolitoria azionata da CDS e ai vizi prospettati nel secondo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione dell'art. 80 commi 5 lett. c), 6, 7 e 8 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 3 l. 241/90; eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione insufficiente ed erronea, errore nei presupposti e illogicità e irragionevolezza manifeste).

Non sussiste pertanto il denunciato vizio di ultrapetizione, che ricorre quando l'accertamento compiuto in sentenza riguardi un *petitum* e una *causa petendi* nuovi e diversi rispetto a quelli fatti valere nel ricorso e sottoposti dalle parti all'esame del giudice, con conseguente attribuzione di un bene o di un'utilità non richiesta dalla parte ricorrente (o comunque attribuita per ragioni dalla stessa non esternate), e pregiudizio del diritto di difesa della parte soccombente, ciò che si verifica nelle ipotesi in cui vi sia stata pronuncia oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni formulate o su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio, o se il giudice ha esaminato e accolto il ricorso per un motivo non prospettato dalle parti (*ex multis*, Cons. Stato, II, 21 ottobre 2021, n. 7078; VI, 17 marzo 2021, n. 2300).

7.9. E' infondata la prospettazione che lamenta che il Tar non sia avveduto che AGCM ha delineato il mercato rilevante degli illeciti anticoncorrenziali di cui trattasi con riferimento al solo insieme costituito dalle gare oggetto di

accertamento (gare bandite da stazioni appaltanti aventi sede in Lombardia, Emilia Romagna e Veneto), da cui l'insussistenza del *“medesimo mercato oggetto del contratto da affidare”* richiesto a fini escludenti dalle Linee guida Anac n. 6, e la correttezza dell'atto impugnato nell'osservare che i raggruppamenti di imprese sanzionate non sono quelli che hanno partecipato alla gara e che gli illeciti si riferiscono ad altre gare di appalto.

Invero, come di recente sottolineato da questa Sezione, la stazione appaltante, nel giudizio avente a oggetto l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, deve soppesare non la capacità di eseguire le prestazioni che sono oggetto del contratto in via di affidamento, bensì *“la predisposizione soggettiva del concorrente a non turbare il regolare svolgimento della procedura”*, trattandosi di valutare la *“effettiva attendibilità del rispetto delle regole di correttezza nei rapporti professionali...che riflettono principi generali del diritto comune dei contratti”*, e che, essendo immanenti all'intera materia, *“impegnano l'impresa non solo all'esatta esecuzione delle prestazioni contrattualmente dovute nel caso incipiente, ma anche a un contegno generale caratterizzato da correttezza e buona fede oggettiva”* (Cons. Stato, V, n. 2260 del 2020, cit.).

Privo di mende è quindi la conclusione del primo giudice in ordine alla impossibilità di circoscrivere la risonanza dell'illecito di cui trattasi alle procedure all'interno delle quali esso si sono verificate.

7.10. Infine, quanto alle censure fondate sulle misure di *self-cleaning* adottate da Sicuritalia, si richiamano le stesse ragioni illustrate in occasione dell'esame e della reiezione delle analoghe doglianze svolte dal raggruppamento.

8. Per tutto quanto precede l'appello principale e l'appello incidentale devono essere respinti.

Le spese del grado possono essere compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità e della complessità della vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe, respinge l'appello principale e

l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 4 novembre 2021 con
l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO