

Publicato il 16/10/2020

N. 10605/2020 REG.PROV.COLL.
N. 03986/2020 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 Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3986 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

SECURITY SERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via degli Avignonesi n. 5 presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

ATAC S.P.A. - AZIENDA PER LA MOBILITA', in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma, via Prenestina n. 45 presso gli avv.ti Luciano Bagolan, Francesca Cangiano e Carla Fina che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

nei confronti

ITALPOL VIGILANZA S.R.L., in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresе con SICURITALIA S.P.A. e ITALPOL SERVIZI

FIDUCIARI S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, piazza Mazzini n.27 presso lo studio dell'avv. Giovan Candido Di Gioia che la rappresenta e difende nel presente giudizio

per l'annullamento

dei seguenti atti:

- provvedimento con cui ATAC s.p.a. ha aggiudicato al raggruppamento controinteressato il lotto 1 della procedura di gara (bando di gara pubblicato nella G.U. il 26/07/19) per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e sicurezza non armata nelle sedi ATAC (lotto 1 CIG 79749977B6), di cui la ricorrente ha avuto conoscenza con nota ATAC del 07/05/2020, successivamente confermata con nota ATAC del 26/05/2020;
- ogni altro atto connesso, ivi inclusi i verbali di gara con particolare riferimento a quelli di ammissione dell'ATI controinteressata alla procedura e di conseguente aggiudicazione;
- provvedimento del 20/05/2020 con cui Atac s.p.a. ha recepito i verbali di gara, per la declaratoria ex art. 116 d. lgs. n. 104/10 del diritto di accesso agli atti oggetto dell'istanza depositata il 04/05/2020, per la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna della stazione appaltante a disporre il subentro della ricorrente nel contratto;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2020 il dott. Michelangelo Francavilla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 01/06/2020 e depositato il 04/06/2020 la Security Service s.r.l. ha impugnato il provvedimento con cui ATAC s.p.a. ha aggiudicato al raggruppamento controinteressato il lotto 1 della procedura di gara (bando di gara pubblicato nella G.U. il 26/07/19) per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e sicurezza non armata nelle sedi ATAC (lotto 1 CIG 79749977B6), di cui la ricorrente ha avuto conoscenza con nota ATAC del 07/05/2020, successivamente confermata con nota ATAC del 26/05/2020, ogni altro atto connesso, ivi inclusi i verbali di gara con particolare riferimento a quelli di ammissione dell'ATI controinteressata alla procedura e di conseguente aggiudicazione, ed ha chiesto ex art. 116 d. lgs. n. 104/10 la declaratoria del diritto di accesso agli atti oggetto dell'istanza depositata il 04/05/2020, la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e la condanna della stazione appaltante a disporre il subentro della ricorrente nel contratto.

Con ordinanza n. 4646/2020 del 03/07/2020 il Tribunale, su richiesta della parte ricorrente, ha disposto la cancellazione della causa dal ruolo delle sospensive ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 06/10/2020.

Con atto notificato il 14/07/2020 e depositato il 15/07/2020 la ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti gli atti già gravati in via principale ed, inoltre, il provvedimento del 20/05/2020 con cui il consiglio di amministrazione di Atac s.p.a. ha approvato gli atti di gara ed ha, tra l'altro, disposto l'affidamento del servizio in favore della controinteressata.

Alla pubblica udienza del 06/10/2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento secondo quanto in prosieguo specificato.

Con il ricorso principale la Security Service s.r.l. impugna il provvedimento con cui ATAC s.p.a. ha aggiudicato al raggruppamento controinteressato il lotto 1 della procedura di gara indetta con bando pubblicato nella G.U. il 26/07/19 per

l'affidamento dei servizi di vigilanza armata e sicurezza non armata nelle sedi ATAC (lotto 1 CIG 79749977B6), di cui la ricorrente ha avuto conoscenza con nota ATAC del 07/05/2020, successivamente confermata con nota ATAC del 26/05/2020, ogni altro atto connesso, ivi inclusi i verbali di gara con particolare riferimento a quelli di ammissione dell'ATI controinteressata alla procedura e di conseguente aggiudicazione, e chiede ex art. 116 d. lgs. n. 104/10 la declaratoria del diritto di accesso agli atti oggetto dell'istanza depositata il 04/05/2020, la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e la condanna della stazione appaltante a disporre il subentro della ricorrente nel contratto.

Dagli atti di gara risulta che:

- con bando di gara n. 100/2019 spedito per la pubblicazione il 22/07/19 Atac s.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto, rientrante nei settori speciali, relativo al servizio di vigilanza armata e sicurezza non armata nelle sedi di Atac, per la durata complessiva di 36 mesi, suddiviso in 3 lotti;
- il lotto 1, oggetto del presente giudizio, riguarda il servizio da espletarsi linee della metropolitana (MA, MB, MB1, MC), per un importo complessivo pari ad euro 50.871.391,65;
- alla gara per il lotto in esame hanno partecipato tra le altre, la Security Service S.r.l. nonché il raggruppamento temporaneo d'impresе costituito da Italpol Vigilanza S.r.l. (capogruppo mandataria), Sicuritalia s.p.a. (mandante) e Italpol Servizi Fiduciari s.r.l. (mandante);
- all'esito della gara il predetto raggruppamento, odierno controinteressato, si è classificato al primo posto con punti 99,33 mentre la ricorrente si è posizionata in seconda posizione con punti 77,35.

Con la prima censura del ricorso principale la Security Service s.r.l. prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 7 l. n. 241/90 e 76 e 116 d. lgs. n. 104/2010 nonché eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e difetto di motivazione lamentando il mancato riscontro all'istanza di accesso del

04/05/2020 con cui è stata richiesta l'ostensione dei verbali di gara e della documentazione amministrativa e tecnica relativa all'offerta dell'ATI Italpol.

Il motivo è inaccoglibile in quanto la gran parte degli atti richiesti sono stati, comunque, depositati da Atac s.p.a. in sede di costituzione in giudizio e la restante parte non è, comunque, rilevante ai fini della decisione come si avrà modo di precisare in prosieguo.

Con la seconda e terza censura del ricorso principale la Security Service s.r.l. prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lettere c), c-bis), f e f-bis) d. lgs. n. 50/16 e la violazione dei principi di buona fede, correttezza e del giusto procedimento nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto assoluto di motivazione in quanto le imprese Italpol e Sicuritalia, costituite in un unico raggruppamento ai fini della procedura, sarebbero state oggetto di un provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCM in data 12/11/19. In quest'ottica la vicenda "anticoncorrenziale" accertata dall'AGCM (il cui procedimento sarebbe stato, comunque, pendente al momento della scadenza dei termini di presentazione delle domande) integrerebbe, in sé, un grave illecito professionale che imporrebbe l'esclusione dalla gara delle predette società; in ogni caso, l'omessa segnalazione di tale circostanza costituirebbe, di per sé, autonoma causa di esclusione ex art. 80 comma 5 lettere c), c-bis) e f-bis) d. lgs. n. 50/16.

Ai fini dell'apprezzamento della gravità dell'illecito accertato dall'AGCM e della sua rilevanza per la partecipazione alla gara ex art. 80 comma 5 d. lgs. n. 50/16 il gravato provvedimento di ammissione avrebbe dovuto valorizzare il fatto che la procedura sanzionatoria abbia riguardato gare aventi lo stesso oggetto di quella cui si riferiscono gli atti oggi impugnati, che nessun provvedimento giurisdizionale abbia sospeso l'applicazione della sanzione irrogata dall'AGCM e che negli accordi anticoncorrenziali Italpol e Sicuritalia abbiano rivestito una posizione di coordinamento.

I motivi sono infondati secondo quanto in prosieguo specificato.

L'impostazione posta a fondamento delle due predette censure si fonda sul carattere automaticamente escludente della vicenda anticoncorrenziale accertata con il provvedimento dell'AGCM e dell'omessa dichiarazione della stessa ai fini della partecipazione alla gara.

Tale opzione ermeneutica, però, non può essere condivisa alla luce delle conclusioni cui è pervenuta la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020, le cui argomentazioni sono recepite dal Tribunale, la quale ha affermato che:

- “la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;
- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;
- la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione”.

L'impostazione dell'Adunanza Plenaria, pronunciatasi sul testo dell'art. 80 comma 5 antecedente alle modifiche introdotte dalla l. n. 135/18 ma le cui

considerazioni sono state esplicitamente ritenute estensibili al testo attualmente vigente (punto 14 della motivazione), si fonda sull'esclusione dell'automatismo espulsivo sia in relazione alla mancata o, addirittura, falsa dichiarazione del partecipante sia in riferimento agli elementi potenzialmente concretizzanti un illecito professionale.

Per tutte queste ipotesi il giudice di appello, coerentemente al tenore letterale dell'art. 80 comma 5 lettere c), cbis), cter) ed fbis) d. lgs. n. 50/16, ritiene necessaria una valutazione in concreto avente ad oggetto, per quanto specificamente concerne l'omessa dichiarazione, la sua capacità di influire sul processo decisionale della stazione appaltante e, in caso positivo, l'effettiva incidenza, in senso negativo, del comportamento tenuto dall'operatore economico sulla sua integrità o affidabilità; analoga valutazione deve essere effettuata circa la "gravità" dell'illecito professionale e la sua attitudine ad influire sull'integrità e l'affidabilità del concorrente.

Tale valutazione è di pertinenza della stazione appaltante e, ove essa sia mancata, non può essere effettuata dal giudice amministrativo (come presupporrebbe, invece, l'accoglimento della censura) ostandovi " il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»)» (Adunanza Plenaria n. 16/2020 punto 16 della motivazione); rimane ovviamente ferma la possibilità di sindacare in sede giurisdizionale la legittimità di tale valutazione ove effettuata.

In sostanza, la censura si fonda sul non corretto presupposto dell'efficacia automaticamente escludente della condotta accertata con il provvedimento dell'AGCM e dell'omessa dichiarazione di tale condotta e, per il suo accoglimento, richiede che il giudice amministrativo effettui quel giudizio di

rilevanza delle condotte indicate nel gravame che, in prima battuta e salvo successivo sindacato giurisdizionale, è riservato alla stazione appaltante.

Per questi motivi il ricorso principale è infondato e deve essere respinto.

Con atto notificato il 14/07/2020 e depositato il 15/07/2020 la ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti gli atti già gravati in via principale ed, inoltre, il provvedimento del 20/05/2020 con cui il consiglio di amministrazione di Atac s.p.a. ha approvato gli atti di gara ed ha, tra l'altro, disposto l'affidamento del servizio in favore della controinteressata.

In via pregiudiziale il Collegio rileva che con memoria depositata il 15/09/2020 la resistente Atac s.p.a. ha dedotto l'inammissibilità dei motivi aggiunti i quali costituirebbero una mera reiterazione delle censure proposte con il ricorso principale.

L'eccezione è infondata in quanto la seconda e terza censura proposte con il ricorso per motivi aggiunti, valutate con riferimento al contenuto delle stesse e non già alla sola enunciazione dei vizi dedotti nell'epigrafe di tali censure, hanno ad oggetto circostanze di fatto e di diritto (il difetto di motivazione del provvedimento di ammissione e l'erronea valutazione dell'offerta di Sicuritalia) non dedotte con il ricorso principale e desumibili solo a seguito del deposito in giudizio, da parte degli enti resistenti, della documentazione (tra cui il verbale del 20/02/2020) di cui la ricorrente aveva chiesto l'ostensione; da ciò consegue l'ammissibilità e la ricevibilità di tali doglianze.

Nel merito, il ricorso per motivi aggiunti è fondato secondo quanto in prosieguo specificato.

Con la prima censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 7 l. n. 241/90 e 76 e 116 d. lgs. n. 104/2010 nonché eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e difetto di motivazione riproponendo la tesi dell'efficacia automaticamente escludente della condotta

accertata dall'AGCM e della mancata dichiarazione della stessa nel corso di gara, già oggetto del secondo e terzo motivo del ricorso principale.

Per l'infondatezza della doglianza in esame il Tribunale, pertanto, rinvia a quanto in precedenza evidenziato.

Con la seconda censura la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 7 l. n. 241/90 e 76 e 116 d. lgs. n. 104/2010 nonché eccesso di potere per violazione del giusto procedimento e difetto di motivazione evidenziando, in particolare, che il provvedimento di ammissione alla gara, nel limitarsi a prendere atto delle giustificazioni ricevute dalla società Itapol, avrebbe omesso di motivare in ordine alla rilevanza delle condotte oggetto del provvedimento dell'AGCM e all'idoneità delle misure di self cleaning (solo) riferite dalla mandataria. Tale valutazione sarebbe stata viepiù necessaria se si considera che la mandante Sicuritalia non avrebbe reso alcuna giustificazione, le condotte anticoncorrenziali sarebbero state tenute in relazione a gare aventi ad oggetto l'affidamento dello stesso servizio cui si riferisce il presente giudizio, non sussisterebbe alcun provvedimento giurisdizionale di sospensione dell'efficacia della sanzione AGCM e Itapol e Sicuritalia avrebbero rivestito un rilevante ruolo di coordinamento nell'ambito dell'accordo anticoncorrenziale.

Il motivo è fondato.

Come in precedenza evidenziato, l'omissione dichiarativa e le condotte oggetto del provvedimento dell'AGCM avrebbero dovuto essere oggetto di un'espressa valutazione da parte della stazione appaltante avente ad oggetto l'idoneità dell'omissione ad influire sul processo decisionale della stazione appaltante e l'idoneità di omissione e condotte anticoncorrenziali a) a concretizzare un grave illecito professionale" e b) a rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, come richiesto dall'art. 80 comma 5 lettere c) e c bis) d. lgs. n. 50/16.

Tale valutazione avrebbe dovuto essere nella fattispecie improntata ad un particolare approfondimento, con relativa congrua motivazione, tenuto conto della natura delle condotte accertate dal provvedimento dell'AGCM, del ruolo che, secondo il provvedimento, Itapol e Sicuritalia avrebbero assunto nella vicenda relativa all'accordo anticoncorrenziale e dell'entità delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM.

Con riferimento, poi, al self cleaning le relative misure spiegano efficacia e, quindi, consentono la partecipazione del concorrente solo se sono ritenute "sufficienti" dalla stazione appaltante (art. 80 comma 8 d. lgs. n. 50/16) il che ovviamente presuppone una valutazione da parte di quest'ultima.

Dagli atti di gara risulta che tale specifica ed analitica valutazione è nella fattispecie mancata.

In particolare, dall'esame del verbale del 20/02/2020 si evince che la commissione si è limitata a "prendere atto" del verbale del consiglio di amministrazione del 07/02/2020 con cui Itapol ha comunicato la sanzione dell'AGCM e "dei programmi compliance posti in essere dalla società coinvolgendo il management e declinati nell'elaborazione di manuali Antitrust" e delle modifiche nella compagine sociale di Itapol ivi indicate.

In nessun altro atto della procedura la stazione appaltante ha espresso alcun giudizio sia in ordine alla rilevanza, ai fini ostativi alla partecipazione alla gara, dell'omissione dichiarativa e delle condotte oggetto del provvedimento AGCM del 12/11/19, che costituisce un prius logico-giuridico rispetto alle misure di self cleaning, sia in ordine all'idoneità di tali misure di cui la commissione si è limitata a "prendere atto" nella seduta del 20/02/2020.

A ciò si aggiunga che, almeno da quanto risulta dagli atti di gara, la mandante Sicuritalia non ha presentato alcuna dichiarazione giustificativa; tale circostanza è, di per sé sola, indicativa dell'illegittimità dell'ammissione del raggruppamento controinteressato alla procedura.

Sul punto il Tribunale va precisato che Atac s.p.a. ha prodotto in giudizio, in allegato alla memoria depositata il 25/06/2020, una serie di documenti inviati da Sicuritalia all'Inps in relazione ad altra gara; tali atti non risultano mai acquisiti in maniera formale dalla stazione appaltante nell'ambito del procedimento di gara oggetto di causa in quanto non è possibile rinvenire un riferimento in tal senso nel verbale del 20/02/2020 e negli altri verbali della commissione.

Con la terza censura del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente prospetta il vizio di violazione e falsa applicazione della lex specialis ed eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà in quanto con riferimento ai subelementi Aa 1b e Aa 1c di valutazione dell'offerta tecnica la commissione avrebbe valutato in maniera diversa le identiche soluzioni tecniche prospettate dalla Security con riferimento ai 3 lotti, con particolare riferimento al modello organizzativo e al manuale operativo.

La censura è inammissibile ed infondata.

Ed, infatti, la doglianza si riferisce ad una fase successiva a quella a cui il procedimento di gara deve retrocedere per effetto dell'accoglimento della precedente censura; in ogni caso, la differente valutazione della stazione appaltante non è indice univoco dell'erroneità della stessa con riferimento al lotto oggetto del presente giudizio.

Per questi motivi il Tribunale:

- 1) respinge il ricorso principale;
- 2) accoglie il ricorso per motivi aggiunti, nei sensi in precedenza evidenziati, e, per l'effetto, annulla il provvedimento di ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo d'impresе odierno controinteressato e tutti gli atti ad esso consequenziali ivi compresa l'aggiudicazione della gara in favore del raggruppamento predetto e dispone la caducazione del contratto di appalto, ove già stipulato.

Ai fini dell'individuazione del vincolo conformativo derivante dalla presente sentenza il Tribunale evidenzia che l'annullamento degli atti impugnati comporta la retrocessione del procedimento di gara e la necessità che la stazione appaltante decida con motivazione idonea che tenga conto di quanto in precedenza evidenziato circa l'ammissione o l'esclusione dalla gara del raggruppamento controinteressato.

Proprio la necessaria retrocessione del procedimento di gara preclude l'accoglimento della domanda di subentro nel contratto (qualora già stipulato) formulata dalla ricorrente nell'atto introduttivo.

La prevalente soccombenza delle resistenti giustifica la condanna delle stesse al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo viene liquidato come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio, così provvede:

- 1) respinge il ricorso principale;
- 2) accoglie il ricorso per motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla gli atti ivi impugnati e dispone la caducazione del contratto, ove già stipulato, facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione;
- 3) condanna i due enti resistenti a pagare, in favore della ricorrente, le spese del presente giudizio il cui importo liquida, per ognuno dei predetti enti, in complessivi euro tremila/00, per compensi di avvocato, oltre spese generali, IVA, CPA e contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Francesca Mariani, Referendario

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO