

Publicato il 20/10/2020

N. 10688/2020 REG.PROV.COLL.
N. 03989/2020 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 3989 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Security Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

contro

Atac S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Cangiano, Luciano Bagolan, Carla Fina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Italpol Vigilanza S.r.l., Sicuritalia S.p.A. non costituiti in giudizio;

Coopservice Soc. Coop. P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

S.R.L. Italpol Vigilanza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovan Candido Di Gioia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del provvedimento di numero e data sconosciuto con il quale sarebbe stato aggiudicato da ATAC s.p.a. al raggruppamento controinteressato il lotto 3 della procedura di gara (Bando di gara ATAC n. 100/2019) per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, e sicurezza non armata, nelle sedi delle ferrovie regionali Roma/Lido, Roma/Viterbo, Roma/Giardinetti, (lotto 3 CIG 7975043DAA), di cui si è avuta conoscenza con nota ATAC del 7.05.2020, successivamente confermata di efficacia con nota ATAC del 26.05.2020;

b) di ogni altro atto preordinato connesso e consequenziale, ivi inclusi i verbali di gara con particolare riferimento a quelli di ammissione dell'ATI controinteressata alla procedura de quo e susseguente aggiudicazione;

c) nonché per l'accesso agli atti della procedura di gara ex art. 116 c.p.a., stante il silenzio formatosi sulla istanza di accesso avanzata in data 4.5.2020.;

d) nonché per la declaratoria di inefficacia ex art. 121 c.p.a. del contratto di appalto eventualmente intercorso nelle more del presente giudizio tra ATAC ed il raggruppamento controinteressato con conseguente declaratoria, dell'obbligo dell'ATAC di immettere nello svolgimento dei servizi oggetto di affidamento la società ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SECURITY SERVICE S.R.L. il 15\7\2020 :

per l'annullamento previa sospensione:

a) del provvedimento di numero e data sconosciuto con il quale sarebbe stato aggiudicato da ATAC s.p.a. al raggruppamento controinteressato il lotto 3 della

procedura di gara (Bando di gara ATAC n. 100/2019) per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, e sicurezza non armata, nelle sedi delle ferrovie regionali Roma/Lido, Roma/Viterbo, Roma/Giardinetti, (lotto 3 CIG 7975043DAA), di cui si è avuta conoscenza con nota ATAC del 7.05.2020, successivamente confermata di efficacia con nota ATAC del 26.05.2020;

b) di ogni altro atto preordinato connesso e consequenziale, ivi inclusi i verbali di gara con particolare riferimento a quelli di ammissione dell'ATI controinteressata alla procedura de quo e susseguente aggiudicazione;

c) nonché per l'accesso agli atti della procedura di gara ex art. 116 c.p.a., stante il silenzio formatosi sulla istanza di accesso avanzata in data 4.5.2020.;

d) nonché per la declaratoria di inefficacia ex art. 121 c.p.a. del contratto di appalto eventualmente intercorso nelle more del presente giudizio tra ATAC ed il raggruppamento controinteressato con conseguente declaratoria, dell'obbligo dell'ATAC di immettere nello svolgimento dei servizi oggetto di affidamento la società ricorrente;

e) nonché per l'annullamento dei verbali di gara tutti;

f) nonché del deliberato di ATAC del CdiA del 20.5.2020 di recepimento dei verbali di cui sub e).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Coopservice Soc. Coop. P.A. e di S.R.L. Italpol Vigilanza e di Atac S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2020 il dott. Fabio Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La SECURITY SERVICE s.r.l. ha adito questo Tribunale per l'annullamento del provvedimento con cui ATAC s.p.a. ha aggiudicato al costituendo Raggruppamento Italpol Vigilanza s.r.l. (Capogruppo madataria) e Sicuritalia s.p.a. (mandante) il Lotto n. 3 (euro 17.402.245,15) della procedura di gara n. 100/2019 indetta per l'affidamento triennale dei servizi di vigilanza armata, e sicurezza non armata, nelle sedi delle ferrovie regionali Roma/Lido, Roma/Viterbo, Roma/Giardinetti, comunicato dalla Stazione appaltante con nota del 7 maggio 2020, nonché per l'accesso, ex art. 116 c.p.a., agli atti di gara e per la declaratoria di inefficacia, ex art. 121 c.p.a. del contratto eventualmente stipulato ed accessorio all'affidamento del servizio.

Premette che con bando pubblicato nella G.U. 26.07.2019 ATAC s.p.a. ha indetto procedura di gara per l'affidamento dell'appalto per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e sicurezza non armata delle sedi di ATAC, bando suddiviso in 3 lotti e che il lotto n. 3 oggetto della presente controversia attiene allo svolgimento dei servizi di vigilanza armata e sicurezza non armata sulle Ferrovie regionali Roma/Lido, Roma/Viterbo, Roma/Giardinetto per un importo, come già evidenziato, su base triennale, di €. 17.402.245,15.

Riferisce di essersi collocata al posto n. 3 della graduatoria relativa al lotto n. 3 (R.T.P. Italpol primo classificato; R.T.P. Coopservice secondo classificato) e di aver presentato in data 4 maggio 2020 istanza di accesso agli atti della procedura selettiva sulla quale non ha ricevuto alcun riscontro.

A sostegno della domanda giudiziale proposta la Società ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1)VIOLAZIONE DELL'ART. 116 CPA. - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3, 7 E SS. L. 241/90 IN CONNESSIONE CON LE DISPOSIZIONI DI CUI AGLI ARTT.76 E SS. C.P.A. – ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Lamenta il mancato riscontro sulla succitata istanza di accesso agli atti di gara del 5 maggio 2020, chiedendo nella presente sede l'ostensione dei seguenti atti: 1) verbali di gara e provvedimento di aggiudicazione; 2) documentazione amministrativa dell'ATI controinteressata ed eventuale verifica dei requisiti successivi alla gara; 3) documentazione tecnica dell'offerta/progetto dell'ATI controinteressata.

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), C-BIS), F E F-BIS), D.LGS. N. 50/16 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA - ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE.

Afferma che le Società che costituiscono il Raggruppamento odierno controinteressato primo classificato, e l'impresa Coopservice s.r.l. capogruppo della seconda classificata, sono state destinatarie di un provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCM del 12 novembre 2019 che è stato gravato dinanzi a questo Tribunale con separati giudizi (rr.gg. n. 1635/2020, n. 1679/2020 e n. 1401/2020) allo stato pendenti, a causa di una asserita "spartizione" di alcuni lotti relativi ad altre altrettante procedure di gara che avrebbe visto coinvolte le odierne controinteressate e che avrebbe dovuto comportare in quanto da quest'ultime non segnalato nell'ambito della presente procedura selettiva la loro esclusione dalla gara ex art. 80, co. 5, lett. c), c-bis) e f-bis), D.lgs. n. 50/16, oltre all'impossibilità da parte della Stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente, tenuto conto che a tale riguardo le controinteressate avrebbero palesemente violato il corrispondente obbligo dichiarativo nei confronti della Stazione appaltante assolutamente rilevante ai fini della partecipazione della procedura selettiva in questione.

Parte ricorrente precisa, in particolare, che l'Antitrust nella fase istruttoria ha accertato a carico degli operatori coinvolti *“un complesso disegno collusivo ... finalizzato alla spartizione di una serie di rilevanti gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata. In particolare, le Parti hanno agito in maniera coordinata nell'ambito della partecipazione a numerose gare, utilizzando lo strumento del RTI e del subappalto....”*

Le odierne cotrointeressate, a causa la riferita dinamica sanzionatoria, sarebbero state assoggettate a ingenti sanzioni pecuniarie (Italpol con una sanzione pari ad €. 7.264.520 euro; analoga sanzione è stata irrogata nei confronti di Securitalia per l'importo di €. 8.328.592,00: la società Coopservice, a sua volta, è stata condannata ad una sanzione pari ad €.7.264.520,00).

3) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), C-BIS), F E F-BIS), D.LGS. N. 50/16 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA - ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE.

La Società ricorrente lamenta l'illegittima motivazione sottesa all'ammissione delle cotrointeressate alla procedura di gara, ancor più tenuto conto che procedura sanzionatoria culminata con la decisione AGCM del 16.11.2019 è ampiamente motivata, e nella specie, si riferisce a gare pubbliche suddivise in lotti, del tutto omogenee a quella oggetto del presente giudizio.

Si sono costituite in giudizio la COOPSERVICE soc. coop. P.A. e la S.r.l. Italpol Vigilanza che hanno controdedotto opponendosi alle doglianze avanzate dalla Società ricorrente.

Si è costituita in giudizio ATAC s.p.a. che ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza delle doglianze.

Con atto propositivo di motivi aggiunti, la ricorrente ha esteso l'impugnativa al provvedimento di numero e data non conosciuto con il quale sarebbe stato

aggiudicato da ATAC s.p.a. al raggruppamento controinteressato il lotto 3 della procedura di gara (Bando di gara ATAC n. 100/2019) per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata, e sicurezza non armata, nelle sedi delle ferrovie regionali innanzi specificate, nonché degli ulteriori atti in esso specificamente indicati.

Con il primo motivo di ricorso la Security Service s.r.l. lamenta la violazione dell'art. 116 c.p.a. e degli artt. 3 e 7 della legge 241 del 1990, per omesso riscontro della Stazione appaltante sull'istanza di accesso agli atti di gara presentata in data 5 maggio 2020 e avente ad oggetto i verbali di gara ed il provvedimento di aggiudicazione, la documentazione amministrativa dell'ATI controinteressata e relativa alle verifiche sui requisiti di gara, nonché quella concernente la documentazione tecnica dell'offerta progetto.

La censura non è suscettibile di positiva definizione, rilevando il Collegio che dal fascicolo di causa risulta depositata in atti la documentazione inerente ai verbali di gara ed al procedimento valutativo dell'offerta del Raggruppamento aggiudicatario della procedura selettiva, con ciò essendo la documentazione richiesta nella disponibilità, ovvero conoscibilità, della odierna istante.

Con il secondo motivo la Società ricorrente deduce che le Società costituenti il Raggruppamento odierno controinteressato primo classificato, e l'impresa Coopservice s.r.l. capogruppo della seconda classificata, sono destinatarie di un provvedimento sanzionatorio adottato dall'AGCOM del 12 novembre 2019 che è stato gravato dinanzi a questo Tribunale con separati giudizi (rr.gg. n. 1635/2020, n. 1679/2020 e n. 1401/2020) allo stato pendenti, a causa di una asserita "spartizione" di alcuni lotti relativi ad altre altrettante procedure di gara che avrebbe visto coinvolte le odierne controinteressate, che avrebbe dovuto comportare, in quanto da quest'ultime non segnalato nell'ambito della presente procedura selettiva, la loro esclusione automatica dalla gara ex art. 80, co. 5, lett. c), c-bis) e f-bis), D.lgs. n. 50/16, oltre all'impossibilità da parte della Stazione

appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente, tenuto conto che le controinteressate avrebbero palesemente violato il corrispondente obbligo dichiarativo nei confronti della Stazione appaltante assolutamente rilevante ai fini della partecipazione della procedura selettiva in questione.

Con il terzo motivo di ricorso si lamenta l'illegittima motivazione sottesa all'ammissione delle controinteressate alla procedura di gara, ancor più tenuto conto che la procedura sanzionatoria culminata con la decisione AGCM del 16.11.2019 è ampiamente motivata con riferimento a gare pubbliche suddivise in lotti, del tutto omogenee a quella oggetto del presente giudizio.

I profili di doglianza racchiusi nel secondo e terzo motivo di ricorso non appaiono persuasivi.

Giova rammentare, al fine del decidere che sui dedotti profili di illegittimità la Adunanza Plenaria n. 16 del 2020 ha stabilito che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure selettive pubbliche deve considerarsi riconducibile alle ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, (ora lett. c bis) del codice dei contratti pubblici, con conseguente necessaria adozione da parte della stazione appaltante di specifiche valutazioni sull'affidabilità del partecipante alla gara pubblica, con ciò ritenendosi preclusa l'operatività di qualsiasi automatismo espulsivo del partecipante, anche in relazione alle omissioni di informazioni o di obblighi dichiarativi previsti dalla legge o imposti dalla lex specialis, tenuto conto della applicabilità residuale della disposizione di cui all'art. 80, comma 5 lett. f-bis ("f-bis l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere) a tutte le ipotesi di falso non rientranti ora descritte alla lettera c-bis del medesimo comma 5 (c-bis l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di

influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione).

In relazione allo specifico profilo di doglianza dedotto dalla ricorrente, il Collegio, stante la non operatività del succitato meccanismo escludente, ritiene di doverne affermare l'infondatezza, in ragione della ancor non esercitata valutazione da parte della stazione appaltante della capacità dell'omissione dichiarativa in contestazione, incidente sulla integrità o affidabilità del partecipante alla gara, non potendo il giudice sostituirsi all'amministrazione in applicazione del principio di separazione dei poteri, ma riservandosi il potere di decidere, nella azionata sede giurisdizionale, sulla legittimità del potere valutativo esercitato dalla stazione appaltante.

Per quanto premesso, il ricorso principale deve essere respinto, per infondatezza delle doglianze in esso rassegnate.

Con atto propositivo di motivi aggiunti, come peraltro, già innanzi riferito, la ricorrente ha esteso l'impugnativa al provvedimento con cui ATAC ha proceduto all'aggiudicazione della procedura di gara relativa al lotto n. 3, chiedendo, nel contempo, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria della gara.

A tale fine la ricorrente ha dedotto:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), C-BIS), F E F-BIS), D.LGS. N. 50/16 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA - ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE -.

Le imprese Itapol e Securitalia, nonché l'impresa Coopservice soc. coop., sono state oggetto, all'esito di una complessa istruttoria di cui infra, di un

provvedimento sanzionatorio da parte dell'AGCM adottato in data 12.11.2019 e di seguito notificato alle interessate che avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura, attesa la presenza di una gravissima vicenda "anticoncorrenziale" idonea ad integrare un grave illecito professionale a loro carico -di cui avrebbero omesso di dare qualsivoglia segnalazione alla Stazione Appaltante –, incorrendo quindi in autonoma causa di esclusione ex art. 80, co. 5, lett. c), c-bis) e f-bis), D.lgs. n. 50/16, comportando l'impossibilità della Stazione Appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente.

Si censura sia il profilo di esclusione scaturente dalla omessa dichiarazione dell'illecito concorrenziale da parte delle società interessate, sia la valutazione di "non rilevanza", formulata da ATAC ai fini dell'ammissione alla gara.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, CO. 5, LETT. C), C-BIS), F E F-BIS), D.LGS. N. 50/16 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA - ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE -.

Si deduce che la Commissione di Gara, senza adottare un provvedimento motivato in ordine all'ammissione dell'ATI Italpol in questione, si è limitata a "prendere atto" della comunicazione ricevuta dalla Società Italpol, ignorando la complessità delle censure mosse al comportamento di entrambi i soggetti componenti l'ATI nell'ambito della istruttoria AGCM culminata con il provvedimento del 16.11.2019.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA – ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITÀ/ CONTRADDITTORIETÀ DELLE VALUTAZIONI ESPRESSE DALLA

COMMISSIONE DI GARA IN RIFERIMENTO AI 3 LOTTI OGGETTO
DI
AFFIDAMENTO.

ATAC s.p.a. con memoria depositata in data 15 settembre 2020 avverso i motivi aggiunti ne oppone l'inammissibilità non essendo stata individuata alcuna nuova ragione a sostegno delle censure e domande già proposte con il ricorso introduttivo.

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 priva di pregio, posto che con il ricorso per motivi aggiunti risultano introdotte specifiche censure, aventi ad oggetto il difetto di motivazione del provvedimento di ammissione e l'erronea valutazione dell'offerta di Sicuritalia non rappresentate 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.

Nel merito, il ricorso per motivi aggiunti è suscettibile di accoglimento nei sensi di seguito indicati.

Occorre rilevare, al fine del decidere, che il provvedimento di ammissione alla gara, avrebbe omesso specifica motivazione in ordine alla rilevanza delle condotte oggetto del provvedimento dell'AGCM e all'idoneità delle misure di self cleaning riferite dalla mandataria, viepiù tenuto conto che le condotte anticoncorrenziali ascrivibili alle controinteressate sarebbero state poste in essere in relazione a gare aventi ad oggetto l'affidamento dello stesso servizio in contestazione, ed in assenza di provvedimenti interinali di sospensione

dell'efficacia della sanzione AGCM rispetto al succitato accordo anticoncorrenziale.

Ad avviso del Collegio, 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.

La valutazione, nel caso di specie non riscontrabile, avrebbe dovuto esser corredata da una intellegibile ed esaustiva motivazione, tenuto conto della natura delle condotte accertate dal provvedimento dell'AGCM.

Da ciò consegue, 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 raggruppamenti controinteressati, con conseguente non accoglimento della domanda di subentro nel contratto, ove sia stato già stipulato, proposta dalla ricorrente.

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), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

-respinge il ricorso principale;

-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;
-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

Fabio Mattei, Consigliere, Estensore

Roberta Cicchese, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Mattei

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO