

Pubblicato il 22/12/2017

N. 12640/2017 REG.PROV.COLL.
N. 07871/2017 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 Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7871 del 2017, proposto da:

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Cintioli, Gennaro Rocco Notarnicola e Aristide Police, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Vittoria Colonna, 32

contro

Azienda Sanitaria Locale Roma 5, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenza Di Martino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno, 7

nei confronti di

Regione Lazio, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del provvedimento dell'ASL Roma 5 prot. n. 24360 del 17 luglio 2017, comunicato in pari data, di esclusione del CNS dalla «*Procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 comma 2 lettera c) del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento del*

servizio di pulizia e sanificazione dei presidi territoriali ed ospedalieri della ASL Roma 5. Comunicazione di avvenuta esclusione»;

- della deliberazione dell'ASL Roma 5 n. 564 del 13 luglio 2017, ove il CNS viene inserito tra gli operatori economici esclusi dalla gara;
- di tutti i verbali di gara e, in particolare, del verbale n. 3 della seduta riservata del 5 luglio 2017 ove sono state compiute le valutazioni che hanno portato all'esclusione del CNS dalla gara;
- del parere legale acquisito dall'ASL Roma 5 in data 3 luglio 2017, in quanto menzionato nel verbale n. 3 della seduta riservata del 5 luglio 2017, ancorché non conosciuto;
- della deliberazione dell'ASL Roma 5 n. 97 del 14 febbraio 2017, con la quale è stata deliberata l'indizione della gara;
- dell'invito a formulare manifestazione di interesse, pubblicato dall'ASL Roma 5 in data non conosciuta;
- della deliberazione dell'ASL Roma 5 n. 385 del 28 aprile 2017;
- della deliberazione dell'ASL Roma 5 n. 397 del 15 maggio 2017;
- della deliberazione dell'ASL Roma n. 481 del 12 giugno 2017 di nomina del seggio di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Roma 5;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2017 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Col ricorso in esame, il C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi società cooperativa (da qui CNS) impugna la propria esclusione dalla gara indicata in epigrafe motivata dall'amministrazione aggiudicatrice, Azienda Sanitaria

Locale Roma 5 (da qui ASL), a termini dell'art. 80, comma 5, lettera c), del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), col fatto che: a) l'AGCM aveva inflitto all'odierno ricorrente, in uno a terzi, una sanzione pecuniaria per aver posto in essere tra loro un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101 TFUE, volta a condizionare gli esiti di una gara attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti; b) l'illecito era da considerarsi grave perché posto in essere «*nell'ambito dell'affidamento di un appalto avente ad oggetto gli stessi servizi della presente gara (servizi di pulizia)*», era «*trascorso poco tempo dalla realizzazione dell'intesa anticoncorrenziale*» e «*da quanto dichiarato dalla stessa Società, il 23.3.2017 è stato avviato dall'Antitrust un nuovo procedimento ispettivo per l'accertamento di una presunta intesa anticoncorrenziale, per cui vi è il rischio attuale e concreto di una recidiva nella commissione dell'illecito professionale*»; c) la sanzione poteva essere considerata definitiva secondo quanto disposto dalle Linee guida n. 6 dell'Autorità nazionale anticorruzione (da qui ANAC; punto 2.1.3.1. sub 1), in quanto la relativa impugnativa era stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 740 del 20 febbraio 2017, passata in giudicato per essere trascorsi tre mesi dalla pronuncia; d) le misure di *self cleaning* adottate dal CNS non erano sufficienti a superare la causa di esclusione, tenuto conto che la rinnovazione degli organi sociali sarebbe avvenuta prima dell'adozione del provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust, le altre misure sarebbero generiche e indimostrate, mancherebbe la prova dell'adozione di comportamenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire recidive, sarebbe sintomatico in senso pregiudizievole l'avvio di un nuovo procedimento *antitrust*.

In particolare, il CNS lamenta:

1) violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c) e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, dell'art. 3 l. n. 241/1990, violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e del *favor*

participationis, anche in relazione agli artt. 41 Cost. e 101 TFUE, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e ingiustizia manifesta, in quanto la norma del codice dei contratti pubblici in questione, in linea con una precedente interpretazione giurisprudenziale, assegnerebbe all'amministrazione aggiudicatrice il potere discrezionale di valutare, ai fini dell'esclusione dalla gara, soltanto i gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, elencati dalla norma e non estensibili, in nome dei principi di tassatività delle cause di esclusione (quale specificazione di quelli di proporzionalità e del *favor participationis*), all'ipotesi dell'illecito *antitrust* non considerato in quel decalogo; interpretazione, peraltro fatta propria anche dai primi pronunciamenti dei Tribunali amministrativi;

2) in subordine, violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c) e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 57 della direttiva comunitaria 24/2014/UE, dell'art. 3 l. n. 241/1990, degli artt. 91, 92, 110 e 119 c.p.a., dell'art. 111 Cost., violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, logicità e proporzionalità dell'attività amministrativa, violazione del principio del contraddittorio e di quelli di tassatività delle cause di esclusione e del *favor participationis*, anche in relazione agli artt. 41 Cost. e 101 TFUE, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia manifesta, in quanto: a) le Linee guida n. 6 varate dall'ANAC prevedono che l'esclusione per gravi illeciti professionali deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore interessato e nel rispetto del principio di proporzionalità, entrambi violati dall'ASL visto che la Commissione di gara avrebbe proceduto in assenza di contraddittorio e in seduta riservata (previa acquisizione di un parere legale ignoto al CNS) con motivazione insufficiente; b) le stesse Linee guida, nel testo *ratione temporis* applicabile, al punto 2.1.3.1. sub 1, dispongono che l'illecito antitrust assume rilievo solo in caso di provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza

passata ingiudicato, riguardanti fatti aventi gravi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare, tutte condizioni, cumulativamente necessarie, non verificatesi nel caso di specie per non essere passata in giudicato la sentenza d'appello (20 febbraio 2017, n. 740), gravata il 18 luglio 2017, nel termine lungo di sei mesi dalla pubblicazione, con ricorso per cassazione, per non ricadere l'appalto odierno, in materia di servizi di pulizia dei presidi ospedalieri, nello stesso oggetto di gara di quello per il quale è stato accertato l'illecito antitrust, relativo a servizi di pulizia e altri servizi per il decoro e la funzionalità di Istituti scolastici pubblici, per essere trascorsi ben cinque anni dai fatti di gara del 2012 sanzionati dall'AGCM e, infine, per l'irrilevanza ai fini del giudizio di integrità e affidabilità del mero avvio di un nuovo procedimento *antitrust*, peraltro per una gara risalente al 2014; c) la sentenza del Tar del Lazio (n. 10303/2016) che ha confermato la sanzione antitrust posta a fondamento dell'odierna esclusione è stata riformata dal Consiglio di Stato sul punto della particolare gravità dell'intesa, esclusa dal giudice d'appello perché relativa a una sola gara;

3) in ulteriore subordine, violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c), 7 e 8, d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 57 della direttiva comunitaria 24/2014/UE, dell'art. 3 l. n. 241/1990, dell'art. 6 CEDU e dell'art. 4 del prot. 7 CEDU, degli artt. 48 e 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dell'art. 6 TUE, violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, logicità e proporzionalità dell'attività amministrativa, violazione del principio del contraddittorio e di quelli di tassatività delle cause di esclusione e del *favor participationis*, anche in relazione agli artt. 41 Cost. e 101 TFUE, errore nei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia manifesta, in quanto: a) sarebbe stata trascurata, in una motivazione superficiale e senza l'attivazione del contraddittorio, l'imponente attività di *self cleaning* posta in essere dal CNS mediante il cambiamento della *governance*, l'adozione di un programma

di adeguamento dei procedimenti alle regole *antitrust* e di un nuovo organigramma oltre che di un nuovo codice etico e di comportamento, la nomina di un responsabile di settore esterno e indipendente, nonché l'ammissione del CNS al pagamento rateale della sanzione; b) l'attivazione del nuovo procedimento *antitrust* considerata dalla Commissione riguarda fatti del 2014, nel mentre l'attività di *self cleaning* è stata posta in essere in un momento successivo; c) attraverso la sanzione espulsiva si sarebbe determinata una violazione del principio di presunzione di innocenza e del divieto di *ne bis in idem*, tenuto conto sia del fatto che la sanzione antitrust non è ancora definitiva, sia della circostanza che essa esclude che la stessa condotta possa essere ulteriormente punita mediante provvedimenti espulsivi dalle gare pubbliche e con la sottoposizione della società, in violazione anche del principio di proporzionalità, a una continua rivalutazione discrezionale, per tutte le gare a venire, della condotta illecita già sanzionata.

L'ASL ha contestato partitamente i motivi di ricorso, puntualizzando tra le altre cose: a) il carattere squisitamente esemplificativo dell'elencazione di cui all'art. 80, comma 5, lettera c), del codice dei contratti pubblici, confermato sia dal parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida conseguenti, sia dall'omogeneità dell'illecito concorrenziale rispetto alla tessitura della norma in questione; b) l'inclusione che la giurisprudenza, anche sotto la vigenza del precedente codice di settore, aveva fatto dell'illecito *antitrust* nella condotta integrante l'errore professionale; c) la sufficiente motivazione del provvedimento gravato, anche con riguardo alle attività di *self cleaning* e alla pendenza di un nuovo procedimento sanzionatorio per condotta anticoncorrenziale; d) la natura non normativa né vincolante delle Linee guida quanto al requisito del passaggio in giudicato della sentenza che accerta l'illecito *antitrust*, non previsto dalla norma primaria; e) la medesimezza del mercato dei servizi di pulizia comparato dalla Commissione; f) la mancata previsione, a opera dell'art. 80 cit., dell'attivazione di uno specifico contraddittorio con l'operatore economico che, peraltro, costituirebbe un

inutile aggravio del procedimento, tenuto conto anche di quanto disposto dall'art. 21-*octies* l. n. 241/1990; g) la gravità dell'illecito considerato, peraltro accertato dall'AGCM nel 2015 e, dunque, in un tempo relativamente recente rispetto all'esclusione dalla gara.

Con ordinanza 31 agosto 2017, n. 4502, la Sezione ha accolto la domanda cautelare articolata dal ricorrente, ammettendolo con riserva al prosieguo della gara.

In vista dell'odierna udienza, nella quale la causa è stata infine posta in decisione, le parti hanno ampiamente dibattuto su tutti gli aspetti del *thema decidendum*, soffermandosi in particolare sulla possibilità di valutare in termini di motivazione postuma le difese pubbliche in relazione al requisito del passaggio in giudicato, in concreto scrutinato dalla Commissione, nonché sulla sopravvenuta modifica delle Linee guida n. 6 segnata dalla previsione non più di una sentenza passata in giudicato, ma semplicemente del provvedimento esecutivo dell'AGCM.

DIRITTO

1. Viene in primo luogo in rilievo la questione dell'includibilità del c.d. illecito *antitrust*, sanzionato dall'AGCM, tra le condotte valutabili in chiave espulsiva dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), del codice dei contratti pubblici.

In particolare, dispone questa norma che «*le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni (...) qualora: (...) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il*

processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

La norma è stata fatta oggetto delle Linee guida Anac n. 6 le quali, nel testo *ratione temporis* vigente al momento dello scrutinio operato dalla Commissione, spiegano che «*rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice gli illeciti professionali gravi tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento*» (punto 2.1.) e, quindi, che «*al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente: 1. i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 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*» (punto 2.1.3.1. sub. 1).

L'impianto normativo primario, ad avviso del Collegio, depone senz'altro per l'inclusione del c.d. illecito *antitrust* tra le condotte professionali valutabili ai fini della possibile esclusione di un concorrente da una gara pubblica, ancorché non espressamente menzionato nel catalogo disegnato dalla lettera c), sopra richiamata.

E infatti, anche a voler prescindere dalla chiara emergenza lessicale («*tra questi rientrano*») che depone per un'elencazione puramente esemplificativa, occorre considerare che la formula utilizzata dalla prima parte della disposizione in esame («*gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*») si colloca, secondo un principio di efficienza

normativa, in un perfetto equilibrio tra l'esigenza di garantire la tassatività delle cause di esclusione e quella, di eguale rilievo pubblicistico, di assicurare alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile e corretto, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria (tra le tante, C.d.S, IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

Pertanto, se la locuzione in esame integra una tipica formula giuridica aperta, nondimeno questa non può essere considerata né indeterminata né generica, per un insieme di considerazioni convergenti e che segnano una discontinuità rispetto al precedente costituito dall'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163/2006 che, al contrario, limitava le condotte valutabili alle «*violazioni di legge commesse nell'ambito dell'attività di impresa ed a vantaggio di questa*» e agli «*inadempimenti di obblighi assunti dall'impresa stessa nei propri rapporti contrattuali*» (così, da ultimo, C.d.S., V, 4 dicembre 2017, n. 5704).

Proprio quest'ultima pronuncia del Giudice d'appello condivisibilmente richiama l'attenzione sul fatto che la formulazione del vigente art. 80, comma 5, lettera c), disegna, per tenore letterale e per densità contenutistica, un'area normativa decisamente più ampia rispetto alla previgente formulazione dell'art. 38, laddove “include nei «*gravi illeciti professionali*» anche «*il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio*», come pure il fornire «*informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*»”, assumendo così un'indiscutibile forza innovativa rispetto a quella del previgente codice che rende la nuova previsione non estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette al d.lgs. n. 163/2006.

Conclusione che resta avvalorata anche dal parere n. 2286, reso il 3 novembre 2016 dalla Commissione speciale Consiglio di Stato sulle Linee guida n. 6 dell'ANAC laddove, per un verso, si chiarisce che la nozione di illecito

professionale accolta dall'art. 80 cit. *«abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente (...), ma anche in fase di gara»* mentre, per altro verso, viene specificato che *«l'art. 80, c. 5, lett. c), non contempla un numero chiuso di illeciti professionali, e le significative carenze nell'esecuzione contrattuale sono solo uno dei molteplici illeciti professionali elencati nella disposizione, peraltro in modo esemplificativo e non tassativo»*.

In coerenza con queste premesse, proprio le Linee guida previste dal comma 13 dell'art. 80 – secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato col parere reso sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici (Commissione speciale, 1° aprile 2016, n. 855) – avrebbero dovuto espressamente precisare, anche in virtù della loro portata *«non vincolante e funzione promozionale di buone prassi»*, che *«tali linee guida si limitano ad indicazioni meramente esemplificative e che esse non possono in alcun modo limitare gli apprezzamenti discrezionali da parte delle stazioni appaltanti, ovvero fornire una sorta di 'catalogo chiuso' di cause di esclusione (catalogo che, secondo l'id quod plerumque accidit, si presterebbe agevolmente a comportamenti elusivi ed opportunistici, sortendo un effetto di fatto opposto rispetto a quello auspicato)»*.

In particolare questa conclusione, nel ribadire che *«lo stesso codice fornisce una elencazione esemplificativa di illeciti professionali»*, coglie perfettamente il valore della locuzione, che racchiude un concetto giuridico indeterminato laddove richiama *«gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»*, il cui accertamento, vincolato nell'esito espulsivo ove si riveli positivo, non può che essere filtrato da una valutazione discrezionale dell'amministrazione. Tale attività valutativa, peraltro, oltre che adeguata e congruamente motivata, non è libera in via assoluta (ciò che la renderebbe sospetta di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione), ma risulta innervata e ipostatizzata dal complesso dei principi che, a livello

comunitario e nazionale, ispira la materia dei contratti pubblici. A tale novero appartengono senz'altro anche le regole poste a tutela della concorrenza le quali, logicamente, precedono e garantiscono il *favor participationis* quale connotato consustanziale alla materia in parola.

Chiara è su questo punto la direttiva 2014/24/UE che, infatti, si occupa di salvaguardare la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici «*di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio, a causa (...) di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza (...)*» (considerando 101) e che riprende il tema laddove (art. 57, comma 4) espressamente prevede la possibilità di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico «*se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità*» (lettera c) ovvero «*se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza*» (lettera d).

Coacervo di previsioni, sufficientemente determinate quanto ad area di efficacia, che trovano oggi un'opportuna sintesi nella più volte richiamata locuzione di cui all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, nonché la loro ragionevolezza applicativa proprio nell'inesistenza di un rigido catalogo il quale, per la forte valenza casistica della previsione, finirebbe per costituire più che un argine all'indeterminatezza delle previsioni escludenti, la garanzia pratica di condotte elusive fortemente vulnerative dell'esigenza di selezionare un contraente affidabile e integro.

Alla luce di tutto quanto fin qui considerato, si può dunque concludere nel senso dell'includibilità anche dell'illecito *antitrust* tra le condotte scrutinabili ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c, del codice dei contratti pubblici.

2. Ciò posto, occorre verificare il rilievo generale da riconoscere (e quello in particolare assunto nella vicenda in esame) all'indicazione delle Linee guida n.

6 secondo cui, ai fini dell'esclusione di un operatore economico dalla gara *ex art. 80, comma 5, lettera c)*, la stazione appaltante valuta «*i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*».

Nel caso di specie, la Commissione di gara aveva erroneamente assunto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 740/2017 – la quale aveva respinto l'appello avverso la sentenza del Tar del Lazio, Roma, n. 13030/2016 che, a sua volta, aveva confermato nel suo fondamento i fatti anticoncorrenziali posti a fondamento della sanzione antitrust, annullandone il *quantum* con rimessione all'Autorità per la nuova quantificazione alla luce dei criteri declinati nella pronuncia – era passata in giudicato «*essendo trascorsi tre mesi dalla data di pubblicazione della pronuncia*».

E infatti, nessun dubbio sorge in ordine al fatto che, al momento della proposizione da parte del CNS del ricorso in cassazione per motivi di giurisdizione (notificato il 18 luglio 2017), era ancora in corso il c.d. termine lungo semestrale per impugnare previsto dall'art. 92, comma 3, c.p.a., decorrente dalla pubblicazione della sentenza d'appello (mai notificata), depositata il 20 febbraio 2017, ragion per cui la sentenza di seconde cure del Giudice amministrativo non era tecnicamente ancora passata in giudicato nel momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice si è determinata in senso escludente, non risultando definita l'impugnativa in cassazione.

Osserva, tuttavia, in linea generale il Collegio che il passaggio in giudicato della sentenza di accertamento dell'illecito *antitrust* non può assurgere a requisito legittimante lo scrutinio in chiave escludente dell'amministrazione aggiudicatrice.

E infatti, ribadito che le Linee guida in parola non costituiscono fonti del diritto in ragione della loro portata non vincolante e della funzione puramente promozionale di buone prassi, un tale requisito non è rinvenibile nella normativa primaria, non s'impone con necessità da un punto di vista logico e, semmai, incontra in via di prossimità indici ermeneutici contrari proprio nella

tessitura dell'art. 80, comma 5, lettera c), che, nell'esemplificazione delle condotte valutabili, include «*le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata*», purché questa sia risultata «*non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni*», in entrambi i casi all'esito di uno scrutinio giudiziale che non si richiede assistito dalla forza del giudicato.

Conclusione che opportunamente cerca di tenere insieme, su un piano intermedio, l'esigenza di accertamento dell'illecito con l'esigenza di sollecita ed efficace valutazione dell'integrità e dell'affidabilità del concorrente.

In questa prospettiva va dunque letta anche la modifica da ultimo apportata – in chiave ricostruttiva di sintesi del sistema giuridico vigente e, dunque, senza far venire in gioco il principio di irretroattività delle norme – alle Linee guida in parola che, ai fini dell'applicazione della norma primaria in esame, non richiamano più i provvedimenti di condanna *antitrust* «*divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato*», ma «*i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi (...)*» (oggi punto 2.2.3.1., sub. 1), addirittura sembrando scaricare sulle amministrazioni aggiudicatrici la valutazione degli illeciti *antitrust* a prescindere da qualsiasi filtro giudiziario.

Non occorre qui prendere in esame la possibile asimmetria rilevabile, in punto di stabilità degli accertamenti considerati, tra le esemplificazioni richiamate nella lettera c) e il fatto illecito contemplato nelle Linee guida emendate, bastando considerare come, in ogni caso, il sistema non richieda affatto (e non ha mai richiesto) che l'illecito *antitrust* sia stato accertato con una sentenza passata in giudicato.

Ciò posto in generale, appare inoltre infondata l'eccezione, articolata dal ricorrente, con riguardo all'esistenza di una motivazione postuma dell'ASL

che, nel provvedimento gravato, aveva assunto il passaggio in giudicato della pronuncia del Giudice amministrativo d'appello per poi sostenere, nelle difese in questo giudizio, la non necessità di tale requisito.

Infatti, va considerato per un verso che la determinazione amministrativa è plurimotivata e, per altro verso, che le difese in ordine al passaggio in giudicato della pronuncia giudiziale di conferma del provvedimento *antitrust* non valgono a sostituire una motivazione con un'altra in relazione all'esercizio di un potere valutativo discrezionale dell'amministrazione, quanto piuttosto a dimostrare l'irrilevanza di quel particolare frammento motivatorio che, per tale ragione, risulta indifferente nell'economia provvedimentale.

3. Appare inoltre sufficiente e corretta la motivazione dell'amministrazione aggiudicatrice sia con riguardo alla gravità e alla rilevanza dell'illecito antitrust accertato (ben evincibile già dalla piana lettura delle pronunce del giudice amministrativo), sia in relazione all'identità dei mercati posti in comparazione (quello ove si è consumato l'illecito in parola e quello oggetto del contratto da affidare), tenuto conto che entrambi sono riconducibili all'area, ben definita, dei servizi di pulizia e che alla condotta anticoncorrenziale censurata dall'AGCM risulta indifferente il fatto che tali servizi siano svolti presso Istituti scolastici ovvero in Presidi ospedalieri.

4. Del pari corretta è la parte della motivazione del provvedimento impugnato alla stregua della quale sarebbe «*trascorso poco tempo dalla realizzazione dell'intesa anti-concorrenziale*», tenuto conto che l'illecito *antitrust* è stato posto in essere in una gara del 2012, nel mentre l'esclusione oggi contestata è stata decisa nel luglio del 2017.

A tal proposito il ricorrente evoca il riferimento temporale di tre anni «*dalla data del fatto in questione*», fissato dall'art. 57, comma 7, della direttiva 24/2014/UE con riferimento al tempo massimo di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali e non abbia adottato misure di *self cleaning* per dimostrare la sua affidabilità se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza penale definitiva di condanna.

Senonché, anche a voler adottare nella specie l'invocato parametro temporale, non si può non considerare come la norma attuativa della prescrizione europea, cioè l'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (nel testo risultante dalla specificazione introdotta con l'art. 49, comma 1, lettera f, del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56), fornendo un'opportuna chiave interpretativa generale, ancori la decorrenza del triennio (che costituisce il periodo di durata della incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione in assenza di una diversa determinazione giudiziale) *«alla data del suo accertamento definitivo»*.

Tale indicazione recepisce l'osservazione confezionata dal Consiglio di Stato col parere del 30 marzo 2017 n. 782 alla stregua della quale *«la “data del fatto” non assicura tale esigenza [di ancorare la decorrenza del triennio a un momento preciso], “in quanto identiche violazioni compiute da due imprese lo stesso giorno, per fattori del tutto casuali, potrebbero anche venire alla luce in momenti differenti, il che conseguentemente finirebbe per limitare ingiustificatamente il triennio, per alcuni e non per altri, per tutto il periodo che va dalla commissione del fatto alla sua rilevanza nell'ambito del medesimo procedimento”»*.

Pertanto, l'espressione *«data del fatto»* va correttamente intesa come data del fatto *«definitivamente accertato»*.

Peraltro, anche a non voler trasporre seccamente questa indicazione normativa alla valutazione dell'illecito *antitrust*, occorre considerare, secondo quanto pure dedotto dalla difesa dell'ASL, che una diversa opzione interpretativa, la quale misuri il tempo di valutabilità dell'illecito con riferimento a quello della sua concreta commissione anziché a quello del suo accertamento, quantomeno con una prima statuizione giudiziale, si riveli sostanzialmente abrogatrice della fattispecie in esame.

Nel caso di specie, infatti, nel quale l'illecito *antitrust* in contestazione risale al 2012, già al momento del suo accertamento da parte dell'AGCM nel 2015 (e a maggior ragione alla data della pronuncia delle sentenze del Tar e del

Consiglio di Stato) esso sarebbe stato sostanzialmente non più valutabile dalla Commissione di gara la quale, tuttavia, in assenza dell'accertamento amministrativo neppure sarebbe venuta a conoscenza della circostanza valutabile, mentre sulla scorta del solo provvedimento dell'AGCM si sarebbe sentita opporre dall'interessato la mancanza di una minima stabilità di quello stesso provvedimento.

Appare allora corretta la valutazione effettuata dalla Commissione di gara in termini temporali congrui rispetto all'accertamento compiuto dal g.a.

5. Neppure, in linea generale, può essere privato di ogni significato, ai fini della valutazione *ex art. 80*, comma 5, il fatto storico della pendenza di un nuovo procedimento *antitrust*, nei confronti del medesimo operatore economico e per una presunta intesa anticoncorrenziale, nella chiave prospettica di un comportamento recidivante di questi, purché la portata concreta della circostanza sia adeguatamente e puntualmente motivata con riferimento alla situazione concreta, profilo per il quale si rinvia a quanto si dirà in seguito con riguardo all'attivazione del contraddittorio procedimentale.

6. Né, ancora, proprio tenuto conto della richiamata natura fiduciaria e non sanzionatoria del giudizio valutativo rimesso *ex art. 80* all'amministrazione, possono pretendersi violati i principi, di derivazione europea, di presunzione di innocenza e di divieto del *bis in diem*, nonché di proporzionalità, posto che non è ravvisabile alcuna sovrapposizione di misure squisitamente sanzionatorie, quanto piuttosto la dovuta verifica del possesso dei requisiti di integrità e affidabilità in capo al concorrente in una procedura pubblica di affidamento.

7. Infine, va esaminato il profilo dell'attivazione del contraddittorio procedimentale, con particolare riguardo alle misure di *self cleaning* adottate dal ricorrente ai sensi dell'art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «*un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui (...) al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o*

dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti».

A tal proposito, condivisibilmente e significativamente, le Linee guida n. 6 prevedono che *«l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato»* (punto 6.1).

A tal fine, la giurisprudenza amministrativa, richiamata anche dal parere del Consiglio di Stato n. 2042 del 25 settembre 2017 reso sullo schema di modifica delle Linee guida, ha chiarito che *«per le clausole di esclusione di cui alla lettera c), comma 5, dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, vige la regola secondo la quale la gravità dell'evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali, non essendo configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza»* (sentenza 5 settembre 2017, n. 4192), sicché, in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente.

A contrario, ove invece il concorrente si sia *«dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale»*, questi ha diritto al pieno ed effettivo dispiegamento del contraddittorio procedimentale, non potendosi l'amministrazione aggiudicatrice limitare a valutare in solitudine le informazioni dell'interessato, risolvendo direttamente

in malam partem i dubbi in ordine alla sufficienza del dettaglio informativo ovvero del corredo documentale ritenuto indispensabile ai fini della valutazione.

L'effettiva attivazione del confronto procedimentale, dunque, non solo non costituisce un aggravamento del procedimento di gara, ma, involgendo una delicata e complessa attività valutativa discrezionale, si atteggia a impretermisibile contrappunto e concretizzazione del concetto giuridico indeterminato sopra richiamato e assunto dall'art. 80, comma 5, a chiave di volta del sistema delle esclusioni.

Nel caso in esame, per quanto emerge dallo stesso provvedimento impugnato, il CNS ha trasmesso al seggio di gara, all'interno della documentazione amministrativa, una dichiarazione *ex d.P.R. n. 445/2000* nella quale, dando conto dell'illecito *antitrust* già sanzionato e delle successive vicende giudiziarie, nonché della pendenza di un nuovo procedimento istruttorio avviato dall'AGCM, ha pure partitamente dedotto in ordine a una pluralità di misure di *self cleaning* frattanto adottate, indicando i documenti ritenuti rilevanti.

A fronte di queste deduzioni, rinforzate dalla particolare responsabilità che assiste le dichiarazioni *ex d.P.R. n. 445/2000*, la stazione appaltante avrebbe dovuto dar seguito al percorso di trasparenza così avviato, non limitandosi a laconiche e vaghe motivazioni in ordine al tempo di adozione delle misure, alla genericità e alla mancata asseverazione documentale delle stesse, nonché a un'astratta diagnosi di inidoneità delle misure adottate. Essa avrebbe invece dovuto concedere al CNS la concreta possibilità di dimostrare la propria attuale affidabilità attivando, proprio ai fini della compiuta valutazione discrezionale demandata dalla legge, quantomeno una richiesta di chiarimenti ovvero di produzione documentale relativa agli specifici punti della dichiarazione ritenuti non sufficientemente espliciti o congruenti.

Infine, il *deficit* procedimentale così assodato neppure può essere superato, come vorrebbe la resistente, facendo applicazione dell'art. 21-*octies*, tenuto

conto soprattutto della natura intrinsecamente discrezionale della valutazione rimessa alla stazione appaltante (che, qui, peraltro si è rivelata lacunosa proprio con riguardo a profili informativi) e del fatto che appare ben possibile che l'instaurazione di un efficace contraddittorio procedimentale sul tempo, sulla qualità e sulla portata delle singole misure di *self cleaning* adottate dal ricorrente possa condurre a conclusioni diverse da quelle prese col provvedimento gravato (cfr., con riferimento a un'applicazione dell'art. 38, comma 1, lettera f, del d.lgs. n. 163/2006, Tar Piemonte, II, 16 ottobre 2015, n. 1474).

In conclusione, ferma la portata conformativa dell'intera sentenza, per quest'ultimo assorbente motivo il ricorso va accolto e gli atti gravati vanno consequenzialmente annullati nei limiti di quanto appena statuito, cosicché l'amministrazione aggiudicatrice dovrà riattivare il contraddittorio procedimentale sulle misure di *self cleaning* e sul nuovo procedimento *antitrust*, rinnovando all'esito la propria valutazione.

8. Le spese di lite, tenuto conto della novità della questione e delle oscillazioni giurisprudenziali registrate in fase di prima applicazione del corredo normativo evocato, possono essere interamente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e annulla gli atti con esso gravati.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 1 dicembre 2017, 11 dicembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere

Alfredo Storto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alfredo Storto

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO