

Pubblicato il 24/02/2020

N. 01381/2020REG.PROV.COLL.
N. 03656/2018 REG.RIC.
N. 03784/2018 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 3656 del 2018,
proposto da

Rekeep S.p.A. Società a Socio Unico, in persona del legale
rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati
Cristiana Carpani e Franco Mastragostino, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio Cappelli& Partners Studio Gianni Origoni, Grippo in Roma,
via delle Quattro Fontane, 20;

r.t.i. Consorzio Integra Soc. Coop. non costituito in giudizio;

contro

Bilfinger Sielv Facility Management S.p.A. in proprio e in qualità di
capogruppo mandataria di r.t.i., Hera S.p.A., AcegasApsAmga S.p.A.,
Autorità Nazionale Anticorruzione, Siram S.p.A., L'Operosa
Impianti S.r.l., L'Operosa Scarl, Consorzio Innova Soc.Coop, Padova
Controlli S.r.l., Gsi Security Group S.r.l. non costituiti in giudizio;

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Hera S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

nei confronti

Apleona Hsg S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Calegari e Andrea Callea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Andrea Callea in Roma, via Cesare Beccaria 88;

sul ricorso in appello numero di registro generale 3784 del 2018, proposto da

Apleona Hsg S.p.A. in proprio e quale capogruppo mandataria di r.t.i., con Siram S.p.A., L'Operosa Impianti S.r.l., Consorzio Innova Soc.Coop., Padova Controlli S.r.l., Gsi Security Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Alessandro Calegari e Andrea Callea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Andrea Callea in Roma, via Cesare Beccaria 88;

contro

Hera S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti 11;

AcegasApsAmga S.p.A. non costituita in giudizio;

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Rekeep S.p.A. Società a Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristiana Carpani e Franco Mastragostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Cappelli & Partners Studio Gianni Origoni Grippo in Roma, via delle Quattro Fontane 20;

Consorzio Integra Società Cooperativa non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto ad ambedue i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Prima) n. 1119/2018, resa tra le parti, concernente l'affidamento del “servizio integrato e coordinato di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare, impiantistico e di tutte le attività connesse e gestione degli spazi nell'ambito dei territori di competenza di Hera s.p.a. e AcegasApsAmga s.p.a.”;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Hera S.p.A., di Apleona Hsg S.p.A. e di Hera S.p.A. e di Rekeep S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Lirosi per delega di Mastragostino, dello Stato De Nuntis, Police, e Vagnucci per delega di Calegari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Bilfinger Sielv Facility Management s.p.a., seconda classificata, in proprio e nella sua qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i., impugnava: a) la nota di Hera s.p.a. del 31 marzo 2017, prot. 34481, con cui veniva comunicata l'aggiudicazione all'a.t.i. tra Manutencoop Facility Management s.p.a. e Consorzio Integra soc. coop. della procedura negoziata per l'affidamento del “servizio integrato e coordinato di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare, impiantistico e di tutte le attività connesse e gestione degli spazi nell'ambito dei territori di competenza di Hera s.p.a. e AcegasApsAmga s.p.a.” (procedimento on line SRM n. 1612000440 - CIG n. 676757076E); b) il provvedimento in data 31 marzo 2017, prot. n. 0034470, di aggiudicazione a favore dell'a.t.i. fra Manutencoop Facility Management s.p.a. e Consorzio Integra soc. coop., comunicato con la nota predetta; c) tutti i verbali di gara; d) per quanto di ragione, le linee Guida n. 6 di Anac, approvate con

delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, chiedendo altresì l'accertamento del diritto al conseguimento dell'aggiudicazione e al subentro nel contratto eventualmente stipulato, con dichiarazione di inefficacia del medesimo;

A sostegno del gravame veniva dedotto: a) violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che la mancata esclusione (e quindi l'aggiudicazione in favore della controinteressata) era avvenuta nel presupposto della non definitività della sanzione AGCM, ancorché, prima dell'aggiudicazione, fosse intervenuta una decisione del Consiglio di Stato di conferma della decisione del Tar che, pur avendo annullato il provvedimento con riferimento alla quantificazione della sanzione, lo aveva ritenuto legittimo quanto all'*an* dell'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale; b) violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, avendo l'aggiudicataria omesso di informare la stazione appaltante dell'avvenuto deposito della decisione di appello, nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del medesimo decreto, sotto altro profilo, per non avere Manutencoop dichiarato, in sede di prequalifica, l'intervenuta revoca dell'aggiudicazione definitiva della concessione per la gestione della piattaforma Luccareport, disposta a seguito del rifiuto della società di sottoscrivere il contratto dopo l'intervenuta aggiudicazione definitiva;

Manutencoop Facility Management s.p.a. proponeva ricorso incidentale per l'annullamento: a) in parte qua, del provvedimento del 31 marzo 2017, n. 34470, di aggiudicazione all'a.t.i. composto da MFM e Consorzio Integra soc. coop. della procedura negoziata per l'affidamento del servizio integrato di cui si è detto, comunicata con nota del 31 marzo 2017, prot 34481, di ogni atto presupposto

connesso e consequenziale, ivi inclusi i verbali delle sedute di gara, tutti, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione dell'a.t.i. Bilfinger dalla gara; b) dei chiarimenti al bando e, segnatamente dei chiarimenti nn. 7, 10 e 14, e della lettera di invito, pag. 8, 4° cpv, ove intesi nel senso di consentire l'ammissione del r.t.i. Bilfinger; c) delle Linee Guida n. 6 approvate dal Consiglio dell'Anac con Delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, nella parte in cui, al paragrafo II, sottoparagrafi 2.1.3.1 e 2.1.3.1.1 annoverano “i provvedimenti di condanna [...] 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” tra le “altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico”, nonché nella parte in cui, al paragrafo VII, sottoparagrafo 7.2 limitano l'efficacia delle misure di *self-cleaning* alla adozione delle medesime “entro il termine fissato per la presentazione delle offerte”;

Con la sentenza n. 1119 del 31 gennaio 2018 il Tribunale amministrativo accoglieva sia il ricorso principale, sia l'incidentale.

Manutencoop Facility Management s.p.a. impugnava tale sentenza, deducendo tra l'altro l'erronea applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, per avere il primo giudice presupposto che l'illecito anticoncorrenziale ascritto dall'Agcm rappresentasse una fattispecie espulsiva rientrante a pieno titolo nell'art. 80, comma 5 del Codice dei contratti pubblici.

Anche Bilfinger Sielv Facility Management s.p.a. (nel frattempo divenuta Apleona HSG s.p.a.) proponeva appello, deducendo tra l'altro l'erroneità della decisione di primo grado nella parte in cui non

aveva accolto integralmente il primo motivo di ricorso proposto da Apleona (già Bilfinger), in specie nella parte in cui non era stata disposta sic et simpliciter l'esclusione dalla gara di Manutencoop in relazione all'illecito accertato dall'Agcm, limitandosi a disporre che l'amministrazione avrebbe dovuto rivalutare la posizione delle concorrenti alla luce dei principi esposti in sentenza.

Con ordinanza 12 dicembre 2018 n. 7028 questa Sezione, visto il rinvio degli atti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 T.f.u.e. disposto dal Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, ai fini di una pronuncia pregiudiziale in merito alla riconducibilità dell'illecito antitrust all'ipotesi dell'«errore grave» commesso nell'esercizio dell'attività professionale prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riteneva tale questione rilevante anche ai fini della decisione dei presenti giudizi, i quali per evidenti ragioni di certezza del diritto non potevano essere ragionevolmente definiti prima della pubblicazione della relativa decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea, li sospendeva i giudizi con la facoltà della riassunzione dalla parte più diligente ai sensi dell'art. 80, comma 1, cod. proc. amm., con la presentazione dell'istanza di fissazione di udienza nel termine, dimidiato ai sensi dell'art. 119, comma 2, cod. proc. amm., di quarantacinque giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Unione Europea della comunicazione di cui all'art. 92 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Con ordinanza 4 giugno 2019 della Sezione IX, la Corte di Giustizia affermava il seguente principio: l'art. 45, par. 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso è ostativo ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell' "errore grave" commesso da un operatore economico "nell'esercizio della propria attività professionale" i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle Amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Con istanze rispettivamente della Manutencoop – ora Rekeep - del 4 luglio 2019 e della Apleona - ora Bilfinger – del 29 giugno 2019, veniva chiesta nuova fissazione dell'udienza di trattazione, data la pronuncia sul quesito da parte della Corte di Giustizia.

All'udienza del 30 gennaio 2020 la causa è nuovamente passata in decisione.

DIRITTO

Ai sensi dell'art. 96 c.p.a. gli appelli, tanto quello proposto dall'aggiudicataria Manutencoop Facility Management s.p.a., ora Rekeep s.p.a. Società a socio unico – d'ora in poi Rekeep - quanto quella della Bilfinger Sielv Facility Management s.p.a. nelle vesti di seconda classificata, ora Apleona Hsg s.p.a. – d'ora in poi Apleona – vanni riuniti per essere decisi con un'unica sentenza, visto che

ambidue sono diretti avverso la medesima sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, data sul ricorso principale dell'allora Bilfinger e sul ricorso incidentale dell'allora Manutencoop.

La sentenza va confermata nel suo *decisum* quanto alle posizioni di entrambi le concorrenti ed in particolare, per quella di Rekeep, vista la richiamata ordinanza 4 giugno 2019 n. 425 della Sezione IX della Corte di Giustizia UE.

L'art. 45, par. 2, primo comma, lettera *d*), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che è interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dell'"errore grave" commesso da un operatore economico "nell'esercizio della propria attività professionale" i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale, e che preclude alle Amministrazioni aggiudicatrici di valutare autonomamente una siffatta violazione per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Detta pronuncia ha in ogni caso risolto il problema che il giudice di primo grado aveva ampiamente dibattuto, circa il carattere aperto della previsione di cui all'art. 80 comma 5 lett. *c*) del d. lgs. 50 del 2016 ed il suo contenuto non tassativo ma meramente esemplificativo, inserendo i comportamenti assunti in violazione

della concorrenza tra i gravi illeciti professionali; il principio che è stato dettato era già precedentemente condiviso dall'Anac, il quale nelle linee guida n. 6 aveva di già espressamente inserito tra i casi di grave illecito professionale, come desumibile espressamente dal punto 2.2.3.1, così come approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, l'irrogazione di *“provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 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”*.

Nel caso di specie Manutencoop era stata raggiunta da provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 22 dicembre 2015, in quanto ritenuta responsabile di una pratica concordata restrittiva della concorrenza avente per oggetto e per effetto gli esiti di una gara indetta da Consip nel 2012 per l'affidamento di servizi di pulizia ed altri servizi per il mantenimento del decoro e della funzionalità di immobili di istituti di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della P.A. con conseguente sanzione pecuniaria.

La sanzione, impugnata dall'interessata dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, era stata da questi ritenuta legittima e la sentenza era stata confermata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 928 del 28 febbraio 2017, ed al momento dell'aggiudicazione della gara in controversia pendeva ricorso per motivi di giurisdizione presso la Corte di Cassazione: poiché, a prescindere dal carattere esecutivo delle sentenze emesse, non poteva detta pendenza rendere irrilevante l'illecito professionale dato che le linee guida dell'Anac menzionano espressamente la sussistenza di

provvedimenti esecutivi per illeciti antitrust e tale provvedimento era autonomamente esecutivo fino ad un suo annullamento o ad una sua sospensione cautelare.

Quanto all'inciso riguardante gli "*illeciti (...) posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*", si deve rilevare che successivamente alla sentenza impugnata, la stazione appaltante ne ha fatto uso nel rinnovare il giudizio secondo le statuizioni della sentenza, escludendo che la sanzione riguardasse gara inerente lo stesso mercato di quello ora in controversia – fatto di cui si può dubitare; in ogni caso si deve concludere che al momento dell'aggiudicazione a Manutencoop – ora Rekeep – non è stata svolta alcuna valutazione, elemento che ha irrimediabilmente inficiato i risultati della procedura.

Quanto alle evocate misure di *self cleaning* – quarto motivo – esse sono state adottate due anni dopo l'irrogazione delle sanzioni, sono praticamente coeve all'aggiudicazione e comunque non escludono l'illegittima omessa valutazione dei fatti da parte della stazione appaltante.

Tutto ciò premesso consente di ritenere assorbita la quinta censura inerente l'asseritamente insufficiente avvalimento di Bilfinger – ora Apleona – con la consociata tedesca, motivo ripreso dal ricorso incidentale, vista la sua inammissibilità per difetto di interesse, poiché l'annullamento dell'aggiudicazione ne rende irrilevante i suoi contenuti.

Per quanto concerne l'appello Apleona, è anch'esso infondato nei sensi indicati nella sentenza impugnata.

La descrizione dell'oggetto della gara svolto dal bando con l'indicazione della serie di prestazioni indica specificamente un

servizio integrato e coordinato di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare, impiantistico e di tutte le attività connesse e gestione degli spazi nell'ambito dei territori di competenza di Hera S.p.A. e AcegasApsAmga S.p.A. (Global Service), consistenti in manutenzione edile/civile, manutenzione impianti elettrici, manutenzione impianti meccanici (impianti trattamento aria, riscaldamento, condizionamento, idrico-sanitario, ecc.), attività connesse con la manutenzione, gestione e implementazione degli impianti speciali (Rilevazione incendio, Antintrusione, Controllo Accessi e TVCC), *cleaning*, gardening, vigilanza.

Detta descrizione non lascia dubbi di tipo interpretativo sul servizio da affidare ed è del tutto corretto ed incontestabile quanto assunto dal giudice di primo grado, secondo cui laddove si parla di “*servizio integrato e coordinato di manutenzione e gestione degli immobili e di tutte le attività connesse e gestione degli spazi*”, non si può che affermare che l'oggetto della gara sia unitario, senza distinzione tra prestazione principale e secondarie ed ancora senza la sussistenza di una prestazione prevalente.

L'art. 48 del d. lgs. 50 del 2016 specifica al comma 2 che “*Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.*”

Quindi la struttura dell'affidamento non lascia materialmente spazi a raggruppamenti di imprese con specializzazioni disparate e ove ve

siano una o più chiamate a realizzare la parte preponderante delle prestazioni.

Per quanto concerne le ammissioni dei concorrenti, il bando menziona poi raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi ordinari di concorrenti quale specifico titolo dell'apposita sezione e laddove poi esso va a specificare i requisiti di ognuno di questi, indica espressamente i raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale ed i consorzi ordinari, non lasciando evidentemente spazio a raggruppamenti di altro tipo, segnatamente verticali come quello con mandataria Bilfinger, qualificatosi "misto", null'altro che una sottocategoria dei raggruppamenti verticali.

Tali sono l'oggetto della gara e i soggetti che potevano partecipare in forma plurima.

Dunque non può che seguirsi quanto richiamato dal Tribunale amministrativo ed affermato da questa Sezione, secondo cui la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) può avvenire solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, l'esistenza di prestazioni "principali" e di prestazioni "secondarie". Ciò in quanto trova applicazione il precedente – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie – Cons. Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2689, per cui è precluso al partecipante alla gara "procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie", onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale (Cons. Stato, V, 7 dicembre 2017 n. 5772); ciò sulla scorta di quanto statuito all'Adunanza plenaria sulla distinzione tra r.t.i. verticali e r.t.i. orizzontali connessa alle

competenze di ciascuna impresa raggruppata, nei primi ove la prestazione a carico dell'impresa mandataria riguarda la prestazione prevalente, mentre le mandanti sono associate per le prestazioni secondarie scorporabili e nei r.t.i. orizzontali, ove le imprese associate collaborano insieme nell'esecuzione della medesima prestazione che caratterizza l'appalto o almeno nelle prestazioni analoghe, ove queste siano plurime.

Dalle considerazioni sin qui svolte si desume che il raggruppamento capeggiato da Bilfinger non poteva essere ammesso a partecipare alla procedura.

Ne consegue l'infondatezza anche dell'appello di Apleona.

Per cui resta l'onere per la stazione appaltante di valutare nuovamente le posizioni delle concorrenti.

Le spese di giudizio possono essere compensate per tutta la complessiva controversia, vista la particolare complessità.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti, li riunisce e li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperì

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO