

Pubblicato il 04/12/2020

N. 07685/2020REG.PROV.COLL.
N. 06183/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6183 del 2020, proposto da
IVS Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Netti, con domicilio eletto presso
lo studio A. Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Mazzeo e Filippo Cazzagon, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Università degli Studi Bergamo, Ministero dell'Università e della Ricerca, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei
Portoghesi, n. 12;

Serim S.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n. 448/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2020 il Cons. Giordano Lamberti e dato atto che l'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, Decreto Legge 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25, comma 2, del Decreto Legge 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con il bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 6 novembre 2019, l'Università degli Studi di Bergamo ha indetto una procedura di gara aperta telematica per l'affidamento in concessione del servizio di distribuzione di bevande e alimenti tramite distributori automatici ubicati presso le sedi dell'Università.

1.1 - Il disciplinare di gara ha previsto che l'affidamento sarebbe avvenuto ai sensi dell'art. 164 del d. lgs. n. 50/2016, con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del Codice, e con distribuzione del punteggio complessivo di 100 punti in ragione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica.

Il canone minimo a base di gara per cinque anni è stato individuato nell'importo di € 350.000, oltre IVA, per un valore complessivo presunto della concessione di € 1.622.000, stimato sulla base del fatturato totale previsto per l'intera durata del contratto.

La durata della concessione è stata fissata in anni cinque, decorrenti dalla data del verbale di consegna degli spazi, da effettuarsi “indicativamente entro il 28 febbraio 2020”.

2 - Con la determinazione del direttore generale n. 2 del 10 gennaio 2020, la stazione appaltante ha approvato i verbali di gara e aggiudicato il servizio all'appellante IVS Italia s.p.a., al canone complessivo, offerto per l'intero periodo contrattuale di cinque anni, di € 891.040.

3 – Con il ricorso notificato il 7 gennaio 2020, la società Euroristorazione s.r.l., terza classificata e gestore uscente del servizio, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e ne ha chiesto l'annullamento sulla base di quattro motivi: il primo dedotto in via principale al fine di ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di IVS Italia e l'affidamento del servizio ad essa ricorrente (previa esclusione delle prime due classificate); gli altri tre dedotti in via subordinata e diretti a conseguire l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della sua riedizione.

3.1 – In particolare, con il primo e principale motivo la ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per violazione dell'art. 80 lett. c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 6, nonché vizi di eccesso di potere sotto plurimi profili; secondo la ricorrente, le società classificatesi ai primi due posti in graduatoria avrebbero dovuto essere escluse per aver reso dichiarazioni ex art. 80 d.lgs. 50/2016 “reticenti, fuorvianti e financo false” o comunque omissive di informazioni essenziali ai fini della verifica da parte della stazione appaltante circa il possesso dei requisiti generali di partecipazione.

3.2 – Di fatto, la ricorrente ha dedotto che le contro interessate avevano dichiarato nel DGUE l'assenza di gravi illeciti professionali, ma nel contempo avevano reso una dichiarazione (IVS Italia in un allegato al DGUE, Serim all'interno dello stesso DGUE) nella quale avevano attestato di aver subito l'irrogazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di un non meglio precisato “provvedimento”, soggiungendo che si

tratterebbe comunque di un provvedimento “irrilevante” ai fini della procedura di gara, ai sensi delle Linee Guida ANAC n. 6.

4 - Il T.A.R. per la Lombardia, con la sentenza n. 448/2020, ha accolto tale censura e per l'effetto ha annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di IVS Italia s.p.a.

5 – Avverso tale sentenza ha proposto appello IVS Italia:

a) deducendo la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 comma 5, lettera c e c-bis; la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 comma 10 e comma 10-bis;

b) contestando in particolare il passaggio in cui si afferma che *“la concorrente IVS Italia avrebbe dovuto essere esclusa dalla violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c-bis del d.lgs. n. 50/2016, va dichiarata l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara ad IVS Italia spa, ai fini dello scorrimento della graduatoria e dell'eventuale aggiudicazione della concessione all'odierna ricorrente”*.

6 – Prima di esaminare le doglianze, deve ricordarsi che la questione intorno alla quale ruota la controversia nasce dal fatto che IVS Italia s.p.a. e Serim s.r.l. hanno dichiarato entrambe, nel proprio DGUE, di non essersi rese responsabili di gravi illeciti professionali, barrando la casella “NO” alla specifica voce di tale dichiarazione.

Nel contempo, le stesse hanno precisato (IVS Italia in una dichiarazione allegata al DGUE, Serim all'interno dello stesso DGUE) di essere state sanzionate dall'AGCM con provvedimenti dell'8 giugno 2016, senza però precisare la natura delle sanzioni, né le ragioni sottostanti.

Inoltre, hanno dichiarato che si trattava di sanzioni *“non rilevanti”* ai fini della procedura di gara.

7 - L'art. 80 comma 5 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016 dispone che *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, (...) qualora: (c) 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”*; (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”.

Circa la corretta interpretazione di tale disposizione, la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020 ha chiarito che ai fini dell'esclusione non è *“sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara. Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua attitudine decettiva, di “influenza indebita”, ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante”.*

La stessa pronuncia ha precisato che in tali ipotesi non *“si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto «il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione», quanto «l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione» sono considerati dalla lettera c) quali «gravi illeciti professionali» in grado di incidere sull'«integrità o affidabilità» dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante”.*

8 – Tanto premesso, deve prestarsi adesione alla conclusione a cui è giunto il Giudice di primo grado (salve le precisazioni di seguito indicate), dovendosi ritenere che il contenuto delle dichiarazioni, così come concretamente rese delle due società, sia potenzialmente fuorviante, ovvero ragionevolmente idoneo a produrre l'effetto di indurre la stazione appaltante a non indagare la natura dei fatti sanzionati dall'AGCM e, quindi, a valutare se gli stessi fossero tali da incidere sull'integrità e sull'affidabilità professionale delle due concorrenti.

Invero, entrambe le concorrenti hanno omissis di riferire circa la natura e la gravità dei provvedimenti adottati dall'AGCM nei loro confronti (si tratta di due sanzioni pecuniarie per violazione delle norme in materia di concorrenza di circa 32 milioni di euro a carico di IVS Italia e di circa 4 milioni di euro a carico di Serim), omettendo anche di riferire che le stesse erano state impugnate in sede giurisdizionale e definite solo di recente con sentenze del Consiglio di Stato n. 6022 del 2 settembre 2019 (IVS Italia) e n. 5564 del 5 agosto 2019 (Serim), che avevano prodotto l'effetto di rendere definitivi i provvedimenti sanzionatori demandando ad AGCM di rideterminare soltanto il quantum delle sanzioni irrogate.

8.1 – Come confermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sentenza del 4 giugno 2019, C-425), anche gli illeciti anticoncorrenziali possono costituire “gravi illeciti professionali” rilevanti ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara. Pertanto, il concorrente che sia incorso in una sanzione per illecito anticoncorrenziale è tenuto a dichiararlo nella procedura di gara al fine di consentire alla stazione appaltante di operare le valutazioni di competenza in ordine alla sua integrità ed affidabilità.

8.2 – Non appare risolutivo il fatto che gli illeciti, in base alla prospettazione di parte appellante, fossero risalenti ad oltre tre anni prima, non dovendosi tenere conto della loro impugnazione giudiziale, posto che il giudizio circa la relativa rilevanza deve essere semmai demandato all'amministrazione in coerenza con quanto innanzi esposto ed in conformità alla giurisprudenza alla quale si intende aderire (*cfr.* Cons. St. 6530/2018, 3592/2018).

In ogni caso, in ordine al significato del concetto di “definitività” della sanzione irrogata dall'AGCM la giurisprudenza di questo Consiglio (Commissione Speciale n. 2616/2018) ha ritenuto che tale connotato vada inteso “*o quale inoppugnabilità del provvedimento dell'AGCM perché non contestato; ovvero, laddove invece contestato in giudizio, dalla sua conferma in giudizio*”.

La tesi parte appellante si scontra infine con quanto dettato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, secondo cui: “*Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari*

a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”.

8.3 – Non può inoltre ritenersi che l'ammissione alla gara delle controinteressate sia dipesa dalla considerazione delle misure di self cleaning adottate da entrambe in epoca successiva alle sanzioni AGCM, dal momento che dall'esame degli atti di gara si evince chiaramente che la stazione appaltante non ha valutato affatto tale profilo; tant'è vero che nei verbali della commissione giudicatrice non c'è traccia di alcuna motivazione sul punto.

9 – Per le ragioni esposte deve trovare conferma la sentenza impugnata, con la seguente puntualizzazione al fine di meglio delineare gli effetti conformativi derivanti dalla presente sentenza.

Appare infatti necessario precisare, posto che al riguardo la sentenza di primo grado non esamina compiutamente il problema seppur al punto n. 6 della motivazione profili l'eventualità dell'esclusione dell'appellante, come dalla presente decisione non debba necessariamente derivare l'esclusione delle prime due classificate in considerazione del vizio dichiarativo riscontrato nella loro offerta. La stazione appaltante dovrà invece svolgere, nell'ambito della discrezionalità che le è propria, la valutazione di integrità e affidabilità dei concorrenti, senza alcun automatismo espulsivo.

In conformità all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria già citata, nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di

gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità. Sempre in tale contesto potrà prendere in considerazione le misure di self cleaning adottate da entrambe le società in epoca successiva alle sanzioni AGCM.

Invero, come già argomentato dall'Adunanza Plenaria citata: *“qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, 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»)»*.

10 – Tali ultime considerazioni risultano idonee a compensare le spese di lite del presente grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO