

Procedura di gara aperta ai sensi del combinato disposto degli art.36, comma 2 lett. b) e art.60 del D. L.vo n.50/2016 per l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande e prodotti vari da effettuarsi con l'installazione di distributori automatici nelle sedi dell'Ateneo di Chieti e Pescara - CIG 8099650A9E

Il giorno 14 luglio 2020 alle ore 11 e 00 nella sala multimediale è presente la Commissione giudicatrice nominata con D.D. Rep. n.158 Prot. n.31918 del 3.6.2020 così composta

Dott. Andrea ARCANGELI, Dirigente Area Programmazione Economica Bilancio, Patrimonio e Controllo Gestione
PRESIDENTE

Avv. Antonio D'ANTONIO, Responsabile Area Affari Legali

COMPONENTE e segretario verbalizzante

Dott. Maurizio STEFANACHI del Settore Prevenzione e Sicurezza sul Lavoro

COMPONENTE

e chiamata a valutare le offerte nella procedura ad evidenza pubblica per *"l'affidamento del servizio di somministrazione di bevande e prodotti vari da effettuarsi con l'installazione di distributori automatici nelle sedi del Campus di Chieti e Pescara"*.

La Commissione, in ragione di quanto verbalizzato nella precedente seduta del 30.6.2020, acquisisce i seguenti documenti trasmessi dal RUP con nota prot. n.41255 del 13.7.2020.

Riguardo il soccorso istruttorio avviato nei confronti della **COCCIONE Distributori Automatici** la Commissione rileva che

- in merito alla specificazione per i servizi analoghi, di specificare importi e date dei medesimi, l'offerente ha inviato, in merito ai servizi analoghi con specificazione degli importi, delle date e dei destinatari, nota del 3.7.2020 con quanto richiesto dalla Commissione.

- in merito alla produzione agli atti di gara del PassOE relativo alla Service & Coffee Soc. Coop. generato alla data di presentazione della domanda l'offerente ha prodotto il chiesto PassOE datato 6.7.2020.

Tuttavia, considerato che sia il contratto tra ausiliata e ausiliaria sia -e principalmente- l'impegno della ausiliaria SERVICE & COFFEE Soc. Coop. risultano agli atti della procedura per esser stati prodotti con la domanda di partecipazione; richiamata la sentenza TAR Milano, Sez. IV, 30 aprile 2019 n.970 che ha ritenuto possibile sia il soccorso istruttorio per la mancata produzione del PassOE nella busta amministrativa sia la facoltà del concorrente di poter validamente produrre il PassOE anche in seguito alla presentazione dell'offerta, ma a condizione che la registrazione AVCpass sia stata perfezionata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara

La Commissione ammette la **COCCIONE Distributori Automatici** alla fase di apertura delle buste tecniche.

Riguardo il soccorso istruttorio avviato nei confronti della **EUROCEDIBE S.r.l.** la Commissione rileva che l'offerente ha inviato, con nota del 6.7.2020 inviata via PEC sulla piattaforma Ubuy (per cui è da considerarsi firmata al pari di una firma digitale), sia il PassOE firmato sia i bilanci a riprova dell'attivo di esercizio. Nella nota indica altresì ulteriori servizi analoghi relativi al triennio superiori al limite minimo di € 216.000,00.

La Commissione ammette la **EUROCEDIBE S.r.l.** alla fase di apertura delle buste tecniche.

Riguardo il soccorso istruttorio avviato nei confronti della **SOGEDA S.r.l.** la Commissione rileva che con nota del 3.7.2020 SOGEDA medesima dichiara *"Ci scusiamo per l'errata compilazione dell'importo nel quadro 1b dove abbiamo trascritto l'importo annuo del contratto di riferimento e non il triennale (€ 153.492,00x3=460.476,00), ciò si evince anche dalla "Dichiarazione attestante servizi somministrazione alimenti e bevande analoghi" allegata alla procedura e che ritrasmettiamo dove si indicava specificatamente che serviamo oltre 4.600 clienti e che il cliente specifico indicato realizzava un fatturato annuo di euro 153.492,00.*

Considerando che la sola fornitura del cliente indicato soddisfa l'importo richiesto quale requisito di capacità tecnico-professionale non abbiamo indicato altri dei 4.600 clienti tra cui la Vostra spettabile Università che nell'ultimo triennio ha realizzato un fatturato di € 1.079.780,00 come da nostra comunicazione del 21/02/2020".

La Commissione -limitatamente al presente soccorso istruttorio- ammette la SOGEDA S.r.l. alla fase di apertura delle buste tecniche, ferma restando la soluzione del problema afferente alla sanzione irrogata dalla AGCM.

Riguardo le dichiarazioni di ARGENTA e SOGEDA, destinatarie di sanzioni da parte della AGCM la Commissione

OSSERVA

come la partecipazione a intese anticoncorrenziali possa essere assimilata al grave errore professionale e costituire causa di esclusione ex art.80 comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 una volta passata in giudicato la sentenza che accerta la condotta anticoncorrenziale. Ciò posto, la stazione appaltante, in ottemperanza alle Linee Guida n.6 dell'ANAC, deve avviare un sub procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato al fine di operare un *"apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata"* oltre che valutare le misure di self-cleaning eventualmente adottate dall'operatore.

Nel caso concreto dall'esame della documentazione prodotta dalle società Gruppo ARGENTA S.p.A. e SOGEDA S.r.l., con riferimento al requisito di cui all'art.80, lett. c, del D. L.vo n.50/2016, la Commissione apprende che:

GRUPPO ARGENTA S.p.A.

"Con provvedimento del 14 giugno 2016, l'AGCM ha sanzionato 14 aziende attive nel settore del vending, tra cui la Società, nonché Confida, l'associazione di categoria che riunisce i principali operatori della filiera del vending in Italia, affermando che esse avrebbero posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza. In data 12 settembre 2016 la Società ha notificato il proprio ricorso avverso il provvedimento sanzionatorio richiamato, provvedendo poi al deposito dell'atto e all'iscrizione a ruolo della causa presso il TAR Lazio - Roma, che è stata rubricata al numero di ruolo generale 9981 del 2016. Con sentenza del 28 Luglio 2017 n.9047 il TAR Lazio - Roma ha confermato il Provvedimento dell'AGCM. Conseguentemente, la Società ha presentato il proprio ricorso in appello presso il Consiglio di Stato in data 28 Novembre 2017, rubricato al numero di registro generale 8499 del 2017. Con sentenza n.6025/2019 Reg. Prov. Coll. pubblicata il 2 settembre 2019, il Consiglio di Stato, definitivamente pronunciando, ha parzialmente accolto -nei limiti indicati nella sentenza stessa- l'appello proposto dalla Società, ordinando all'Autorità amministrativa di eseguire la sentenza stessa provvedendo alla rideterminazione della sanzione."

Sul punto, la società sostiene che *"Ad ogni modo, pur precisato quanto sopra, con riferimento alla Società si ritiene che non sussistano motivi di esclusione di cui all'art.80, lett. c. D. Lgs. 50/2016 anche con specifico riferimento al provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 14 giugno 2016 sopra richiamato, in quanto: 1) le condotte oggetto dell'indagine dell'AGCM sono risalenti nel tempo (antecedenti, cioè, al secondo semestre del 2014) e lo stesso provvedimento sanzionatorio ha espressamente riconosciuto che al 23 luglio 2014 le condotte contestate sono terminate (ne consegue che la procedura di affidamento/concessione indetta da codesto Spett. Ente si colloca in un periodo ben al di fuori dell'intervallo temporale oggetto di accertamento); 2) la Società ha tempestivamente ed efficacemente provveduto all'adozione di misure di Self Cleaning, a decorrere già da settembre 2014, implementando un articolato Programma di Compliance, volto ad assicurare il pieno rispetto della normativa anti-trust da parte di tutto il personale aziendale. In tale contesto la Società ha assunto varie misure/provvedimenti in esecuzione di tale Programma tra cui: (i) l'adozione nel settembre 2014 di uno specifico Codice di Compliance alla Normativa Antitrust, nonché successivamente nel gennaio 2017 l'adozione della Policy Interna in materia di pratiche commerciali rivolte ai consumatori e alle microimprese; (ii) la nomina di un Comitato per la Compliance Antitrust -i cui membri sono scelti tra i componenti del Consiglio di Amministrazione per garantire un costante collegamento/riporto con lo stesso, oltre alla presenza del Responsabile per la Compliance Antitrust, Avv. Maria Chiara Balestri, all'uopo nominato sempre a decorrere nel settembre 2014- il quale si riunisce periodicamente e mantiene un costante scambio di informazioni con gli organi di controllo della Società, oltre che con l'organo amministrativo, e promuove lo svolgimento di attività di formazione con verifica del grado di apprendimento tramite specifici questionari ed attività di monitoraggio/verifica sulla conformità dei comportamenti dei dipendenti della società alla normativa a tutela della concorrenza (quali a titolo esemplificativo non esaustivo, interviste del personale commerciale, verifiche*

tramite l'utilizzo di key words delle cassette postali elettroniche aziendali del personale, per dati aggregati, nel rispetto della normativa sulla privacy e della normativa giuslavoristica, valutazione specifica dei subappalti e della partecipazione a gare pubbliche in forma aggregata di Ati/Rti). A riguardo si evidenzia come, riconoscendo l'effettiva e concreta adozione da parte della Società di idonee misure di Self Cleaning¹, la stessa AGCM ha applicato a favore di Gruppo Argenta una specifica attenuante all'interno del provvedimento sanzionatorio adottato in data 14 giugno 2016. Si precisa, infine, che la Società ha a suo tempo richiesto ed ottenuto la rateizzazione del pagamento della sanzione inflitta con il provvedimento dell'AGCM in n.30 (trenta) rate mensili di pari importo. Ad oggi tutte le rate sono già state pagate (di cui l'ultima è stata pagata nel mese di gennaio 2019) da Gruppo Argenta S.p.A. che ha, quindi, onorato le proprie obbligazioni di pagamento. Per maggiori dettagli si faccia riferimento all'annotazione presente nell'Area B del Casellario Informativo, ai sensi dell'art.8 del Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art.213, co.10, del d. lgs. n.50/2016."

SOGEDA S.r.l.

«La Società SOGEDA S.r.l. comunica, ai sensi dell'art.80 comma 5 lett. c) D.lgs. 50/2016 e del paragrafo 2.2.3.1 delle Linee Guida n.6 ANAC, che, nei propri confronti, è stato emesso, in data 08.06.2016, il provvedimento n.26064 da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Ritenendo la sanzione in questione ingiusta ed illegittima, la Società ha proposto impugnazione innanzi al Tar Lazio, sez. Roma, ed, in seguito, innanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, con sentenza n.6032 pubblicata in data 02 settembre 2019, ha riconosciuto la parziale fondatezza dell'appello e, pertanto, invitato l'AGCM a ricalcolare la sanzione in quanto ritenuta non rispondente al principio di proporzionalità (vista la posizione del tutto defilata dell'Azienda). Il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che "la società ha depositato un programma che risulta conforme a quanto prescritto dalla disciplina che lo regola e lo stesso risulta depositato quaranta giorni prima dell'adozione del provvedimento finale". L'AGCM ha dunque dato esecuzione al provvedimento, abbattendo la sanzione del 25%.»

Sul punto, SOGEDA Srl sostiene che "Ad ogni modo, si precisa che, stante il decorso del periodo triennale dall'adozione del provvedimento dell'AGCM, in virtù di quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n.6 e dell'art.57 della Direttiva 2014/24/UE, lo stesso deve ritenersi irrilevante (vd. Corte di Giustizia con sent. 24/10/2018, c- 124/17). Rispetto allo stesso, si rileva che: a. secondo la giurisprudenza, i provvedimenti in questione non sono idonei ad incidere sulla moralità professionale dell'Azienda e, pertanto, non possono rappresentare motivo di esclusione (si vd., sul punto, Consiglio di Stato, sent. n.4750/2003, nonché TAR Piemonte, sent. n.71/2002; TAR Lazio, sent. n.3558/2013, TAR Campania, sez. Salerno, sent. n.10/2017); b. le Linee Guida n.6 non operano nel caso di specie in quanto non hanno effetti retroattivi. A tal proposito, si segnala che le stesse sono entrate in vigore il 22.11.2017 (pubblicate in G.U. il 07.11.2017), mentre l'AGCM ha emesso il provvedimento di cui sopra in data 08.06.2016; c. in ogni caso, conformemente a quanto stabilito dalle medesime Linee Guida n.6 (cfr. par. VII), SOGEDA ha adottato adeguate misure di Self Cleaning mediante Programma di Compliance Antitrust, attivato con Verbale di Assemblea Straordinaria tenutasi in data 11.04.2016 (e successiva implementazione con Verbale del 29.08.2016). Per l'effetto, la Società ha adottato un Manuale di Compliance Antitrust; ha provveduto alla nomina di un Responsabile

¹ Sono quelle misure di autodisciplina o di riorganizzazione interna tese ad evitare l'effetto escludente dalle procedure di gara per quegli operatori che versano nelle cause di esclusione di cui all'art.80 commi 1 e 5 del Codice.

Si sostanziano in un ravvedimento operoso indotto che consente all'operatore economico di dimostrare la sua persistente e concreta affidabilità nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione (superando l'attitudine preclusiva dell'accertata sussistenza di una o più cause di esclusione), la cui matrice eurounitaria oggi sta nell'art.57 della direttiva 2014/24/UE (cfr. Consiglio di Stato, 9 gennaio 2020, n.158).

Ai sensi dei commi 7 e 8 del citato art.80, un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1 [condanne per reati gravi], limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5 [altri illeciti], 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.

Altre misure di self cleaning che operano nell'ambito degli appalti sono quelle "straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese" nell'ambito della prevenzione della corruzione, che il Prefetto può disporre, ai sensi del d.l. 24 giugno 2014, n.90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n.114, (Decreto anticorruzione).

esterno per la Compliance (al quale sono stati conferiti appositi poteri di controllo) e di un Responsabile interno; ha attivato un sistema di controllo delle comunicazioni (anche elettroniche) scambiate all'interno e verso l'esterno onde prevenire e contrastare condotte lesive del diritto antitrust; ha implementato il proprio sistema sanzionatorio interno; ha divulgato al personale una serie di informative contenenti regole e prassi operative da seguire per conformare la condotta aziendale al vigente diritto; ha organizzato sessioni formative del personale; ha attivato un costante flusso comunicativo con il Responsabile della Compliance Aziendale al fine di vagliare la legittimità di comportamenti aziendali e relazioni con stakeholders, concorrenti, fornitori, etc. Si ritiene dunque che tali misure di Self Cleaning siano rispondenti alle indicazioni contenute nel paragrafo 7.3 delle Linee Guida n. 6 (nell'ultima versione aggiornata) ed in particolare a quanto previsto ai punti nn. 1 ("provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative"), 2 ("misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale") e 4 ("l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, con affidamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curarne il loro aggiornamento"). Si ricorda che, il suddetto Programma, è stato ritenuto valido ed efficace anche dal Consiglio di Stato con la sentenza sopra richiamata."

Al riguardo, la Commissione quanto segue.

Trovano applicazione alle fattispecie i principi espressi dalla giurisprudenza in punto di effetti degli illeciti antitrust nell'ambito degli appalti pubblici secondo cui **«Per quanto riguarda la sanzione dell'AGCM, la partecipazione a intese anticoncorrenziali può essere assimilata al grave errore professionale, e dunque costituisce causa di esclusione ex art.80 comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. Le sanzioni dell'Autorità rientrano tra le "altre sanzioni" previste dalla suddetta norma, e sono escludenti se non impugnate, o una volta PASSATA IN GIUDICATO LA SENTENZA CHE ACCERTA LA CONDOTTA ANTICONCORRENZIALE. Dopo un certo periodo, la riprovazione espressa dalla sanzione può essere bilanciata dalla buona condotta mantenuta dall'impresa sul mercato»** (cfr.TAR Brescia, n.352/2018).

A livello locale, il TAR Pescara affronta la questione incidentalmente -in riferimento alle dichiarazioni che deve rendere il RTI- nella sentenza n.22/2020 in cui si legge che:

«8.2. - Con unico motivo lamenta Servizi Italia s.p.a. la mancata esclusione della ricorrente principale per omessa dichiarazione in violazione dell'art. 80 c. 5, lett c) d.lgs. 50/2016 di condotte antitrust ascrivibili a "grave errore professionale" poste in essere dal socio unico (Manutencoop Facility Management s.p.a.) e dal socio unico del socio unico (Manutencoop società cooperativa) antecedentemente alla presentazione dell'offerta. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha accertato che Manutencoop Facility Management spa (con la Società Cooperativa Consorzio Nazionale Servizi (CNS), la società Roma Multiservizi S.p.A. e la società Kuadra S.p.A.), in occasione di una gara d'appalto indetta dalla CONSIP s.p.a. per l'affidamento, mediante stipula di convenzioni, dei servizi di pulizia e di altri servizi, avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla lex specialis, irrogando alle predette imprese le sanzioni amministrative pecuniarie, che per Manutencoop è stata in origine superiore a 48 milioni di euro; la condotta collusiva è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza n. 928/2017, pubblicata il 28 febbraio 2017, quindi antecedentemente la presentazione dell'offerta nella gara per cui è causa.

8.3. - Sotto un profilo strettamente oggettivo le condotte antitrust possono essere positivamente apprezzate in virtù delle indicazioni vincolanti provenienti dal giudice comunitario (Corte di giustizia U.E., ordinanza 4 giugno 2019 (causa C-425/18)) che ha affermato "che la nozione di "errore nell'esercizio della propria attività professionale" comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico", sulla sua integrità o sulla sua affidabilità, per cui essa "non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenze commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico" (punti 29 e 30). La Corte ha tuttavia delimitato l'ampiezza della nozione dell'"errore grave" stabilendo che esso:

- a) "si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico...che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità" (punto 31);
- b) **può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato** (punto 32);
- c) **deve essere accertato, in conformità al principio di proporzionalità, all'esito di "una valutazione specifica e con-**

creta del comportamento dell'operatore economico" e "non può comportare l'esclusione automatica" dello stesso (punto 34).

Tale arresto consente di superare l'orientamento invalso presso la giurisprudenza amministrativa secondo cui nel concetto di grave errore professionale, pur ampio e indeterminato (ex multis T.A.R. Lazio Roma sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119) potevano farsi rientrare le sole condotte commesse nella fase di esecuzione di contratti pubblici e non a quelle poste in essere in sede di partecipazione alla gara (seppur in riferimento alla lett. f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 vedi Consiglio di Stato sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926; id. sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973, id. 15 giugno 2017, n. 2934; id., V, 4 agosto 2016, n. 3542; id. 25 febbraio 2016, n. 771; id. 21 luglio 2015, n. 359).

8.4. - Ciò premesso, diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente incidentale, appare secondo il Collegio decisivo come l'art.80 comma 3 d.lgs. 50/2016 non menzioni il socio unico persona giuridica tra i soggetti obbligati né tantomeno il socio unico persona giuridica del socio unico persona giuridica.

Diversamente opinando ovvero effettuando una applicazione analogica verrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, oggi affermato dall'art.83 comma 8 del vigente Codice contratti pubblici e comunque di valenza comunitaria (C.G.U.E. Grande sez. 16 dicembre 2008, causa C-213/07) principio che ricomprende naturalmente oltre la predeterminazione dei requisiti morali l'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni (ex multis T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 218) dunque per le correlate ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche.

Nel caso di specie - SEMPRE POI CHE IL PROVVEDIMENTO SANZIONATORIO DELL'AGCM POSSA RICONDURSI NELLE IPOTESI DI ILLECITO PROFESSIONALE DI CUI ALL'ART.80 COMMA 5 - erano dunque soltanto gli esponenti di Servizi Ospedalieri, quale operatore economico proponente l'offerta in RTI, che avrebbero dovuto rendersi colpevoli di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità ed affidabilità, per poter giustificare una esclusione dalla gara ai sensi dell'art.80 c.5. lett. c.

8.5. - Ad ogni modo, anche a voler seguire la tesi estensiva propugnata dalla ricorrente incidentale ed invero avallata da parte della giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 30 giugno 2017, n.3178), ritiene il Collegio decisiva la circostanza evidenziata dalla ricorrente principale secondo cui l'obbligo informativo relativo alle vicende del socio unico ed a quelle del socio del socio unico è espressamente escluso dall'art.2.3 pag 17 del disciplinare il quale richiede all'operatore di indicare esclusivamente la ragione sociale e gli elementi identificativi del socio unico persona giuridica, che l'RTI capeggiato da Servizi Ospedalieri ha fornito.»

Il TAR Pescara non prende una posizione netta circa l'orientamento estensivo o restrittivo, ma dà atto che la Corte di Giustizia UE ha interpretato restrittivamente l'ambito oggettivo di applicazione delle condotte antitrust in riferimento alla nozione di "errore nell'esercizio della propria attività professionale" non comprendente qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico ma solo a quello:

"a) "si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico ... che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità" (punto 31);

b) può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato (punto 32); -

c) deve essere accertato, in conformità al principio di proporzionalità, all'esito di "una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico" e "non può comportare l'esclusione automatica" dello stesso (punto 34)."

Sul punto si è pronunciato anche il Consiglio di Stato (Sentenza n.2260/2020) (relativa al D. L.vo n.163/2006) in cui si legge che "Alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, IX, 4 giugno 2019 nella causa C-425/18, per «errore grave nell'esercizio dell'attività professionale» che, accertato con qualunque mezzo di prova, consente l'adozione da parte della stazione appaltante di un atto di esclusione dalla procedura di gara ai sensi dell'art.38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, deve intendersi anche l'intesa anticoncorrenziale conclusa dall'operatore economico al fine di alterare a suo favore il libero dispiegarsi della concorrenzialità nell'ambito di una precedente procedura di gara. A tal fine, in conformità alle regole generali, la stazione appaltante deve: a) descrivere le condotte imputate; b) chiarire le ragioni per cui siffatte condotte dovevano reputarsi connotate dal carattere della gravità; c) specificare che i descritti comportamenti qualificavano l'operatore economico come oggettivamente inaffidabile e, comunque, tali da far ritenere irrimediabilmente leso il necessario rapporto fiduciario tra sta-

zione appaltante e concorrente. L'art.38, comma 1, lett. f), d.lgs. n.163 consente alla stazione appaltante di prendere in esame «qualsiasi mezzo di prova» per accertare il «grave errore professionale», senza restrizioni ai soli provvedimenti inoppugnabili o confermati da sentenze passate in giudicato; diversamente, essa si porrebbe in contrasto con il dato normativo (cfr. Cons. Stato, V, 21 gennaio 2020, n. 478 e la stessa Corte di Giustizia nella sentenza 4 giugno 2019 afferma che il comportamento che integra una violazione delle norme in materia di concorrenza va accertato e sanzionato dall'autorità nazionale garante della concorrenza con "provvedimento confermato da un organo giurisdizionale": dunque, senza che ne sia necessaria la definitività). **Anche il tempo trascorso tra i fatti contestati e gli atti di esclusione (5 anni) non rileva nell'ambito della valutazione della rilevanza dei pregressi errori.** Risponde a logica, prima che a norme, che le misure di self-cleaning (rinnovo degli organi di vertice, in una con la revisione delle prassi aziendali fino a quel momento praticate) abbiano effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive alla adozione delle misure stesse. **Solo dopo l'adozione delle misure di self-cleaning la stazione appaltante può dunque essere stimata al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio solo remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento.** e "Nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, l'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale di un concorrente, consente alla stazione appaltante di adottare un atto di esclusione dalla gara, nel caso in cui l'operatore economico abbia concluso un'intesa anticoncorrenziale, al fine di alterare a suo favore il libero esercizio della concorrenzialità nell'ambito di una precedente procedura di gara."

La nuova disciplina dei contratti pubblici ha ampliato la casistica dei gravi illeciti professionali che rendono dubbia l'affidabilità del concorrente. Fra questi, secondo l'ANAC e parte della giurisprudenza, devono ricomprendersi le sanzioni antitrust anche se non espressamente indicate dalla norma nazionale.

Sull'argomento, come previsto al comma 13 del citato art.80, l'ANAC ha adottato le linee guida n.6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art.80, comma 5, lett. c) del Codice» che, sebbene non vincolanti, sono comunque finalizzate a garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti.

Nelle stesse, al punto 2.1. si legge che "Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art.80, comma 5, lett. c) del codice gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo, 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. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito."

Al successivo punto 2.2.3.1 l'Autorità annovera, tra le "Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico" che la stazione appaltante deve valutare ai fini dell'eventuale esclusione, anche i provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) 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. Testualmente: "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 definitivi 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. (...)"

Ciò posto, è la stessa Autorità a prevedere

al punto 5.1., 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 all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata."

e, al successivo punto VI -relativo alle misure di "self-cleaning"- che "Ai sensi dell'art.80, comma 7, del codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento"

nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. 6.2 L'adozione delle misure di self-cleaning deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate. 6.3 Possono essere considerati idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito: 1. l'adozione di provvedimenti volti a garantire adeguata capacità professionale dei dipendenti, anche attraverso la previsione di specifiche attività formative; 2. l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni attraverso interventi di carattere organizzativo, strutturale e/o strumentale; 3. la rinnovazione degli organi societari; 4. l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi e l'affidamento a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, del compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento; 5. la dimostrazione che il fatto è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'agente oppure eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione o che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo. 6.4 Le valutazioni della stazione appaltante in ordine alle misure di self-cleaning sono effettuate in contraddittorio con l'operatore economico. La decisione assunta deve essere adeguatamente motivata. 6.5 La stazione appaltante valuta con massimo rigore le misure di self-cleaning adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione."

Alla luce di quanto sopra, allora, si rileva come la stazione appaltante abbia quindi il compito di motivare congruamente le proprie scelte, correlando l'ammissione o esclusione ad una concreta valutazione dei fatti oggetto del provvedimento sanzionatorio, così che sia possibile comprendere per quali ragioni, legate alle oggettive caratteristiche e gravità dei fatti posti a base del provvedimento AGCM, nonché alle specificità della gara in corso, la condotta posta in essere integri o meno una fattispecie escludente. Inoltre, qualora il concorrente abbia preventivamente effettuato il self-cleaning e lo abbia dichiarato, l'Amministrazione sarà anche tenuta a valutare l'attuale incidenza della condotta sanzionata.

Nel caso di specie, per entrambe le società v'è una sentenza definitiva del Consiglio di Stato che ha accertato l'illecito -benché abbia poi diminuito la sanzione irrogata- per cui trova applicazione la richiamata giurisprudenza secondo cui, appunto, «Le sanzioni dell'Autorità rientrano tra le "altre sanzioni" previste dalla suddetta norma, e sono escludenti se non impugnate, o una volta passata in giudicato la sentenza che accerta la condotta anticoncorrenziale. (...)».

Più nello specifico:

- nella sentenza del Consiglio di Stato n.6025/2019 relativa al "GRUPPO ARGENTA S.p.A." si legge che:

"1.-L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con delibera 17 luglio 2014, n. 25038, ha avviato il procedimento istruttorio n. 1783 "Accordo tra operatori del settore del vending", nei confronti del Gruppo Argenta s.p.a., D.A.E.M. s.p.a., Molinari s.p.a., Dist.illy S.r.l., Aromi s.r.l., Dolomatic s.r.l., Govi S.r.l., Sogeda s.r.l., Ge.S.A. s.p.a., Gruppo Illiria s.p.a., IVS Italia s.p.a., Liomatic s.p.a., Ovdamic s.r.l. e Geda s.r.l. Il suddetto procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione inviata da Ideal Service s.r.l. in relazione alla presunto esistenza di un "patto di non belligeranza" tra le citate imprese attive nella distribuzione automatica e semiautomatica di alimenti e bevande.
(...)

1.3.- L'Autorità ha adottato, all'esito del procedimento, la delibera 8 giugno 2016, con la quale è stata accertata la esistenza di una intesa segreta, unica, complessa e continuata posta in essere dalle imprese sopra indicate nel settore del vending sull'intero territorio nazionale o su una parte rilevante di esso.

In particolare, al gruppo Argenta è stata irrogata la somma di euro 19.576.100.

2.- Le imprese sanzionate hanno impugnato la suddetta delibera innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che ha rigettato i ricorsi, accogliendo soltanto alcuni di essi nella parte relativa alla determinazione della sanzione.

Per quanto riguarda la posizione dell'appellante, il Tribunale ha adottato la sentenza 28 luglio 2017, n. 9047.

(...)

2.2.- Nella fattispecie concreta, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un'intesa unica e complessa, consistente in un "accordo generale di non belligeranza" tra le imprese di gestione volto alla ripartizione del mercato e della clientela, i

cui partecipanti si sarebbero identificati, in un'apposita lista rinvenuta dall'Autorità, come "concorrenti amici". In particolare, detto accordo avrebbe previsto: i) l'astensione reciproca dal formulare offerte ai rispettivi clienti; ii) un meccanismo di compensazione dei clienti reciprocamente sottratti tra le parti, finalizzato a mantenere invariati i volumi di vendita tra i concorrenti partecipanti all'intesa, nonché gli ambiti rispettivi di operatività geografica; iii) il ricorso, a fini spartitori, a subappalti, nonché la partecipazione concertata a gare nazionali dei cd. "grandi clienti", le cessioni incrociate di rami d'azienda e l'utilizzo distorto di raggruppamenti temporanei tra imprese in occasione di gare pubbliche e private. A tale intesa, in "maniera complementare", sono state affiancate le seguenti "Iniziative": **i) elaborazione, a partire da novembre del 2008, di un "capitolato standard" da sottoporre alle stazioni appaltanti per contrastare un'eccessiva competizione sulle condizioni economiche (prezzi e ristorni) in occasione di gare pubbliche; ii) aumento dei prezzi di vendita dei prodotti, la cui necessità sarebbe stata sostenuta da Confida dal marzo del 2001; iii) sensibilizzazione degli associati affinché venisse traslato a valle l'aumento dell'Iva da 4% al 10%.** Nell'analisi delle singole condotte, l'Autorità, correttamente, non ha ritenuto che dovessero ricorrere tutti questi elementi, avendo ritenuto sufficiente la dimostrazione di alcuni di essi ai fini dell'accertamento dell'intesa unica e complessiva.

Il mercato, da punto di vista geografico, è stato individuato nell'intero territorio nazionale o in parte rilevante di esso. Il mercato, dal punto di vista merceologico, è stato individuato nell'attività di cd. vending, consistente nella somministrazione di bevande calde e fredde e di cibi preconfezionati, mediante apparecchi di distribuzione automatici (cd. vending machines-Fsm) e semi-automatici (cd. Ocs). (...)

Nella fattispecie in esame, l'Autorità ha correttamente individuato il mercato, dal punto di vista geografico, nell'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante. In particolare, si è affermato che: i) «l'articolazione delle imprese parti del procedimento sul territorio nazionale evidenzia la presenza di ampie aree di sovrapposizione tra le stesse, più o meno estese a seconda della loro scala di attività»; ii) «imprese attive su scala nazionale, come ad esempio Ivs e Argenta, si trovano in relazione di concorrenza diretta con pressoché tutte le altre parti del procedimento»; iii) «poiché le parti del procedimento rappresentano i principali operatori nazionali dell'attività di gestione, in assenza di significative barriere all'entrata a livello locale, tali imprese individuano anche i principali concorrenti potenziali, l'una dell'altra, in grado di espandere la propria attività a nuove aree territoriali in un breve lasso di tempo con una produzione parimenti competitiva». (...)

L'individuazione del mercato, così effettuata, non risulta in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Lo svolgimento di un'attività locale circoscritta ad un territorio, come nella specie, non esclude la rilevanza nazionale dell'intesa illecita proprio in ragione della sua valenza unitaria e complessa. L'Autorità ha individuato, infatti, lo scopo dell'"accordo" tra le diverse imprese coinvolte anche nel solo mantenimento della posizione acquisita in un determinato territorio. In relazione alla natura dell'intesa, l'Autorità ha correttamente accertato che, venendo in rilievo una accordo di spartizione del mercato, essa deve essere qualificata come intesa per oggetto, particolarmente grave, in quanto essa era volta alla ripartizione del mercato e della clientela nonché al coordinamento in relazione ai prezzi di vendita dei prodotti. L'autorità ha anche correttamente accertato la quota di mercato interessata dall'intesa, che, comunque, è superiore alla soglia cd. de minimis. (...) La prova di accordi bilaterali tra l'appellante e le altre società indicate assume valenza sufficiente, in ragione delle stesse caratteristiche del mercato, a dimostrare l'esistenza dell'intesa unica in quanto si tratta di tasselli che si inseriscono in un quadro complessivo indiziario idoneo a provare l'intesa stessa. Non è necessario, dunque, come correttamente sottolineato dal primo giudice, che ci sia la prova della partecipazione dell'appellante ad ogni singolo episodio contestato dall'Autorità. Tale prova è stata fornita in modo adeguata dall'Autorità mediante l'istruttoria che ha fornito gli elementi probatori puntualmente indicati al par. 103-107 del provvedimento impugnato. In particolare, risultano: i) registrazioni telefoniche tra il segnalante e una operatrice del call center di Argenta, la quale informava il primo dell'impossibilità di procedere all'offerta del servizio, in quanto cliente di un «concorrente amico»; ii) e-mail 16 aprile 2013 di Argenta ad un'impresa di telemarketing in cui si afferma «come sempre vi chiediamo di non andare su clienti che hanno già nostri concorrenti "amici"» (Ivs, Buon ristoro, Sogeda, Liomatic, Iliria); iii) e-mail interna ad Ivs in risposta ad un commerciale che proponeva un potenziale cliente «spiacente mi sa che non facciamo nulla, hanno Argenta in tutti e nove punti vendita già aperti» (altri analoghi elementi probatori sono contenuti nei paragrafi sopra indicati del provvedimento, che si omettono per ragioni di sinteticità). Né tali elementi probatori sono inficiati dal rilievo difensivo secondo cui erano finalizzate ad attuare obblighi imposti dai fornitori, in quanto dalla registrazione telefonica, sopra citata, questo dato non è emerso. L'Autorità ha dimostrato, inoltre, evenienze rilevanti relative a forme di coordinamento nelle gare d'appalto (par. 92-101), cessione di rami d'azienda e ricorso al subappalto (par. 178-181 e 334-342).

In relazione al coefficiente di gravità, esso è stato correttamente applicato dall'Autorità venendo in rilievo un'intesa per oggetto. In relazione all'entry fee, il punto 17 delle linee guida prevede che «l'Autorità potrà considerare opportuno l'inserimento nell'importo di base di un ammontare supplementare compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione». In questi casi, occorre che l'applicazione di tale importo sia

adeguatamente motivato. Nella specie, avuto riguardo a quanto risulta dal materiale probatorio, tale specifica motivazione manca. In relazione all'applicazione della circostanza aggravante della ringleadership, la giurisprudenza di questo Consiglio ha affermato, alla luce degli orientamenti maturati in sede comunitaria, che, ai fini dell'applicazione della cosiddetta aggravante organizzativa, è necessario, alternativamente, che l'impresa: i) «abbia rappresentato una forza promotrice ed abbia avuto una particolare responsabilità nel suo funzionamento; ii) si sia incaricata di elaborare e di suggerire la condotta, dando impulso fondamentale all'esecuzione dell'accordo; iii) si sia impegnata al fine di assicurare la stabilità e la riuscita degli accordi illeciti; iv) si sia incaricata di organizzare gli incontri» (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4511).

Nella vicenda in esame l'Autorità, nel provvedimento impugnato, non ha fornito tale prova, non essendo sufficiente il riferimento alla lista dei concorrenti amici. In particolare, come messo in rilievo nell'atto di appello, nel suddetto provvedimento non vi è la prova che l'appellante organizzasse presso la sua sede incontri collusivi con i concorrenti. In relazione ai costi di ritorno, come correttamente messo in evidenza dal primo giudice, essi rappresentano autonome, ancorché accessorie, voci di costo nella gestione dell'impresa che, al pari degli altri componenti negativi di reddito, confluiscono nella determinazione del risultato di esercizio. In relazione alla violazione del principio di proporzionalità e pari trattamento nonché alle regole di cui all'art. 134 cod. proc. amm., deve rilevarsi che essi sono stati violati limitatamente alle censure sopra riportate, che impongono una rideterminazione della sanzione da parte dell'Autorità."

- nella sentenza del **Consiglio di Stato n.6032/2019** relativa alla **SOGEDA S.r.l.** si legge che:

2.2.- Nella fattispecie concreta, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un'intesa unica e complessa, consistente in un "accordo generale di non belligeranza" tra le imprese di gestione volto alla ripartizione del mercato e della clientela, i cui partecipanti si sarebbero identificati, in un'apposita lista rinvenuta dall'Autorità, come "concorrenti amici".
(...)

Il coinvolgimento dell'appellante nel piano illecito unitario risulta, come correttamente messo in rilievo dal primo giudice, dai seguenti elementi probatori che sono indicati nel provvedimento impugnato (par. 147-150). In particolare, l'impresa: i) compare nell'elenco degli "amici" trovato presso Argenta; ii) è menzionata in una e-mail del 28 giugno 2012 tra Gesa ed IVS come beneficiaria di un storno di battute in compensazione, legato in parte ad una trattativa per l'acquisto di una società che non si era conclusa nel senso auspicato da Sogeda; iii) utilizza, in una e-mail interna del 21 marzo 2011, l'espressione «questa volta non sono amici nostri»; iv) è autrice o destinataria di e-mail nelle quali si menzionano scambi di informazioni o meccanismi di «cessione di battute», iscrivibili nel procedimento di generale funzionamento del comportamento anticoncorrenziale; v) è indicata, in una e-mail del 5 aprile 2012 inviata da Gesa a Liomatic e Supermatic, come parte di un accordo di ripartizione post gara nell'appalto Poste per l'area Italia centrale (altri analoghi elementi probatori sono contenuti nei paragrafi sopra indicati del provvedimento, che si omettono per ragioni di sinteticità). Si tratta di elementi probatori dal contenuto chiaro idonei a fare risalire al fatto contestato dell'intesa unica e complessa. Le letture alternative del contenuto degli elementi probatori sopra riportati non sono idonee ad incidere sull'impianto accusatorio. Le altre deduzioni contenute nel motivo di appello non sono rilevanti ai fini della dimostrazione dell'assenza di responsabilità in capo all'appellante. (...)

Nella fattispecie in esame, in relazione al vizio di violazione del principio di proporzionalità, deve rilevarsi come la valutazione complessiva degli elementi probatori raccolti se sono sufficienti a ritenere esistente la responsabilità dell'appellante inducono, nondimeno, a ritenere che la sanzione irrogata non sia conforme al suddetto principio. La sanzione deve essere ridotta, rispetto a quella irrogata, del 15 per cento.

In relazione al **programma di compliance**, la sua finalità è quello di incentivare investimenti, relativi anche alla formazione del personale, nell'ambito dell'impresa allo scopo di individuare regole e procedure idonee prevenire la commissione di illeciti. Il suddetto programma, per ridurre il cd. Rischio antitrust, deve essere adeguato alla natura, alla dimensione e alla posizione di mercato dell'impresa. Per questo motivo il riconoscimento della circostanza attenuante presuppone non solo l'adozione ma anche la dimostrazione che di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (par. 23, alinea 3 e 5).

Nella specie, la società ha depositato un programma che risulta conforme a quanto prescritto dalla disciplina che lo regola e lo stesso risulta depositato quaranta giorni prima dell'adozione del provvedimento finale. Ne consegue che l'Autorità deve ridurre la sanzione tenendo conto dell'adozione di detto programma.

In entrambi i casi il Consiglio di Stato, benché abbia accertato l'antigiuridicità del comportamento e il coinvolgimento delle società nella vicenda oggetto di illecito, riduce la sanzione irrogata per i seguenti motivi:

-nel caso di **ARGENTA** per l'assenza della circostanza aggravante della ring leadership. Si legge testualmente in sentenza: "la giurisprudenza di questo Consiglio ha affermato, alla luce degli orientamenti maturati in sede co-

munitaria, che, ai fini dell'applicazione della cosiddetta aggravante organizzativa, è necessario, alternativamente, che l'impresa: i) «abbia rappresentato una forza promotrice ed abbia avuto una particolare responsabilità nel suo funzionamento; ii) si sia incaricata di elaborare e di suggerire la condotta, dando impulso fondamentale all'esecuzione dell'accordo; iii) si sia impegnata al fine di assicurare la stabilità e la riuscita degli accordi illeciti; iv) si sia incaricata di organizzare gli incontri» (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4511). Nella vicenda in esame l'Autorità, nel provvedimento impugnato, non ha fornito tale prova, non essendo sufficiente il riferimento alla lista dei concorrenti amici. In particolare, come messo in rilievo nell'atto di appello, nel suddetto provvedimento non vi è la prova che l'appellante organizzasse presso la sua sede incontri collusivi con i concorrenti.

- nel caso di SOGEDA (riduzione del 15%) tenuto conto che "In relazione al programma di compliance, la sua finalità è quello di incentivare investimenti, relativi anche alla formazione del personale, nell'ambito dell'impresa allo scopo di individuare regole e procedure idonee prevenire la commissione di illeciti. Il suddetto programma, per ridurre il cd. Rischio antitrust, deve essere adeguato alla natura, alla dimensione e alla posizione di mercato dell'impresa. Per questo motivo il riconoscimento della circostanza attenuante presuppone non solo l'adozione ma anche la dimostrazione che di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (par. 23, alinea 3 e 5) la società ha depositato un programma che risulta conforme a quanto prescritto dalla disciplina che lo regola e lo stesso risulta depositato quaranta giorni prima dell'adozione del provvedimento finale. Ne consegue che l'Autorità deve ridurre la sanzione tenendo conto dell'adozione di detto programma."

Alla luce di quanto sopra, allora, in esecuzione delle Linee Guida ANAC n.6 è necessario avviare un sub procedimento in contraddittorio con i due operatori economici al fine di valutare se disporre o meno l'esclusione ai sensi dell'art.80, comma 5, lettera c), anche in considerazione dell'obbligo, in capo alla stazione appaltante, di effettuare valutazioni, sempre in contraddittorio, "in ordine alle misure di self-cleaning" adottate dall'operatore economico.

Su quest'ultimo aspetto, è bene rilevare che mentre per SOGEDA è la stessa sentenza del Consiglio di Stato dare atto dell'adozione del programma di compliance (adozione che ha giustificato la riduzione della sanzione), per il Gruppo ARGENTA è la sola società a dichiarare all'Ateneo di aver "tempestivamente ed efficacemente provveduto all'adozione di misure di Self Cleaning, a decorrere già da settembre 2014, implementando un articolato Programma di Compliance" ma in sentenza non vi si dà atto.

La Commissione ammette la SOGEDA S.r.l. alla fase di apertura delle buste tecniche e riguardo il Gruppo ARGENTA S.p.A.

- richiamata la citata sentenza del TAR Brescia n.352/2018

- e principalmente la decisione della C.G.U.E. (ordinanza 4 giugno 2019 -causa C-425/18) secondo cui «... la nozione di "errore nell'esercizio della propria attività professionale" comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico", sulla sua integrità o sulla sua affidabilità, per cui essa "non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico» (punti 29 e 30);

- preso atto che la Corte ha delimitato l'ampiezza della nozione del grave errore stabilendo che esso: «a) "si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico ... che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità" (punto 31);

b) può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato (punto 32);

c) deve essere accertato, in conformità al principio di proporzionalità, all'esito di "una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico" e "non può comportare l'esclusione automatica" dello stesso (punto 34);

- ritenuto necessario avviare un sub procedimento in contraddittorio con il Gruppo ARGENTA S.p.A. manda al RUP affinché inviti esso Gruppo ARGENTA S.p.A. a produrre agli atti di gara entro il giorno Lunedì 20 luglio 2020 ore 12 e 00, in ragione di quanto dichiarato nella nota dell'8.1.2020 (che si allega per comodità di chi legge),

1) l'atto relativo alla adozione di misure di Self Cleaning, a decorrere già da settembre 2014 con articolato Programma di Compliance e più precisamente:

2) lo specifico Codice di Compliance alla Normativa Antitrust del settembre 2014;

3) la Policy Interna in materia di pratiche commerciali rivolte ai consumatori e alle microimprese del gennaio 2017;

4) l'atto di nomina di un Comitato per la Compliance Antitrust

5) l'atto di nomina del Responsabile per la Compliance Antitrust

6) la prova dell'applicazione in favore del Gruppo Argenta della specifica attenuante da parte della AGCM all'interno del provvedimento sanzionatorio del 14 giugno 2016.

La Commissione sospende i lavori in attesa dei documenti chiesti alla ARGENTA e fissa per la prossima seduta da tenersi nell'aula multimediale il giorno **mercoledì 22 luglio 2020 ore 11 e seguenti**, all'inizio in fase riservata ai fini di valutare i documenti richiesti al Gruppo ARGENTA S.p.A. e, in prosecuzione, in seduta pubblica ed in presenza degli offerenti (qualora vorranno partecipare) per l'acquisizione dal portale U BUY delle buste contenenti le offerte tecniche e la loro apertura.

Manda al Responsabile del procedimento sia per gli incompetenti istruttori sia per la pubblicazione del presente verbale.

Chiuso alle ore 12 e 30.

Dott. Andrea ARCANGELI PRESIDENTE

Avv. Antonio D'ANTONIO COMPONENTE e segretario verbalizzante

Dott. Maurizio STEFANACHI COMPONENTE



