AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

DELIBERA N. 725

9 settembre 2020.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da ACP – Agenzia per i contratti pubblici della Provincia di Bolzano SUA Servizi e Forniture - Affidamento dei servizi di trasporto scolastico della Provincia di Bolzano per gli anni scolastici 2020/21 – 2021/22 – 2022/23 - Importo a base di gara: Euro 8.192.539,19 (lotto 1), Euro 7.928.368,23 (lotto 2), Euro 5.504.712,10 (lotto 3), Euro 5.625.039,51 (lotto 4) -S.A.: ACP – Agenzia per i contratti pubblici della Provincia di Bolzano SUA SF.

PREC 146/2020/S

Riferimenti normativi

Art. 80, comma 5, lett. c) e c-*bis*) del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Motivi di esclusione, Grave illecito professionale, Illecito anticoncorrenziale, Tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante.

Massima

Motivi di esclusione – Grave illecito professionale – Illecito anticoncorrenziale - Abuso di posizione dominante – Valutazione discrezionale.

Motivi di esclusione – Grave illecito professionale – Accordi riservati tra concorrenti – Valutabili dalla stazione appaltante anche in assenza di un provvedimento di accertamento dell'AGCM.

Motivi di esclusione - Tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante – Influenza "indebita" – *Ratio* e presupposti – Discrezionalità della stazione appaltante.

Nell'ambito degli illeciti anticoncorrenziali, valutabili dalla stazione appaltante ai fini dell'affidabilità professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, rientrano variegate tipologie di condotte che alterano la situazione di mercato caratterizzata dalla libera competizione tra più operatori, sia quelle cd. di tipo escludente che quelle di sfruttamento, tra cui gli abusi di posizione dominante vietati dall'art. 102 del TFUE, qualora siano suscettibili di influire in modo distorsivo sul mercato. In presenza di un provvedimento esecutivo dell'AGCM di condanna di un concorrente per avere posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma di una Provincia, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire all'Amministrazione le informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento dei servizi, compete in via esclusiva alla stazione appaltante valutare (previo contraddittorio con l'interessato) se la condotta sanzionata incida negativamente sull'integrità ed affidabilità dell'operatore, secondo le coordinate tracciate nelle Linee guida ANAC n. 6, e dunque se essa sia o meno ostativa alla sua ammissione in gara.

Anche in assenza di un provvedimento dell'AGCM di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza di cui all'art. 101 TFUE, la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità e previa instaurazione di un procedimento in contraddittorio con gli operatori concorrenti coinvolti nell'intesa, può valutare gli accordi riservati stipulati tra due concorrenti quali "*mezzi di prova adeguati*" da cui trarre elementi concreti a sostegno della eventuale inaffidabilità professionale dei due operatori, fornendone adeguata motivazione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice.

La fattispecie del tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, di cui alla lett. c-*bis*) del comma 5 dell'art. 80 del Codice, presuppone che un concorrente abbia tentato con atti inequivoci di incidere sulle decisioni della stazione appaltante relative alla procedura di gara (ammissione o esclusione di sé o di altri operatori, attribuzione dei punteggi). Si deve trattare di una influenza "*indebita*" da parte di un concorrente, cioè di una condotta non dovuta, che si pone in violazione del principio di leale collaborazione con la stazione appaltante e dei canoni di buona fede, avendo come finalità non quella di fornire delle informazioni doverose e anzi utili alla stazione appaltante (anche ai fini della valutazione del possesso dei requisiti in capo ad altri operatori), bensì quella di alterare e condizionare i processi decisionali dell'Amministrazione. Tale fattispecie, analogamente alle altre contemplate nella lett. c-*bis*) della disposizione in esame, presuppone la valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine alla rilevanza inquinante degli specifici comportamenti sul procedimento di gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 settembre 2020

DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza di parere prot. n. 50982 del 7 luglio 2020, l'Agenzia per i contratti pubblici della Provincia di Bolzano (di seguito "ACP") ha sottoposto all'Autorità tre diversi quesiti relativi alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice in capo a due operatori partecipanti alla procedura di gara in oggetto (in corso di espletamento), nutrendo "*fondati dubbi*" circa la possibilità di ammetterli alla gara:

i) se gli "*accordi riservati*" sottoscritti da alcuni operatori economici partecipanti alla gara possano essere qualificati come intese restrittive della concorrenza e possano essere tenuti in considerazione ai fini di un eventuale giudizio discrezionale di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice;

ii) se la sanzione irrogata dall'AGCM nei confronti di un operatore (SAD Trasporto Locale S.p.A.) possa essere ritenuta rilevante ai fini della valutazione discrezionale della SA, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-*bis*) del Codice;

iii) se il contegno tenuto dai due operatori nel corso della procedura in corso – i quali hanno "segnalato" alla SA la vicendevole assenza dei requisiti di partecipazione - possa essere ritenuto rilevante, quale tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della SA, ai fini di una valutazione discrezionale su una possibile esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) del Codice.

A fondamento dell'istanza, l'ACP ha esposto che nel corso degli ultimi mesi è stata destinataria di numerose lettere e comunicazioni provenienti dagli operatori SAD e CAA, nelle quali veniva denunciata la vicendevole assenza dei requisiti di partecipazione. In particolare, la SAD ha consegnato al RUP e ad alcune funzionarie dell'ente committente delle buste bianche contenenti un "invito" a verificare il possesso dei requisiti in capo al CAA (per mancanza dell'iscrizione alla CCIA per un'attività coerente con l'oggetto di gara relativamente all'attività secondaria, nonché per pendenza di un procedimento penale per turbata libertà degli incanti a carico dell'amministratore di una delle consorziate esecutrici del Consorzio CAA). A sua volta, il Consorzio CAA ha segnalato la presunta carenza dei requisiti di cui all'art. 80 in capo alla SAD per avere commesso gravi illeciti professionali, essendo destinataria di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM. Si tratta, nello specifico, del provvedimento n. 27635 – A516 (pubblicato nel bollettino n. 17 del 29 aprile 2019), con il quale è stato accertato che la SAD, dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018, ha posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia Autonoma di Bolzano, in violazione dell'art. 102 del TFUE, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire le informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma. Dal suddetto provvedimento (§ VI.3) si evince che la SAD (concessionario in posizione di monopolio legale nel mercato dei servizi di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia di Bolzano) ha "*scientemente posto in essere una condotta volta ad impedire che la Provincia potesse tempestivamente dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della Gara per l'affidamento di tali servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. (…) L'impresa dominante (…) ha rifiutato di fornire, e ha poi fornito con ritardo, e inizialmente anche in maniera incompleta, le informazioni circa le caratteristiche di tali servizi, indispensabili ai fini della predisposizione degli elaborati di gara da parte della Provincia di Bolzano, di cui solo essa disponeva in virtù della condizione di monopolista legale operante in esclusiva nelle linee di trasporto incluse nella propria concessione*". Peraltro, la condotta adottata dalla SAD, ostacolando l'effettuazione della gara, ovvero la concorrenza "*per*" il mercato, costituisce una fattispecie di abuso di posizione dominante (la società aveva anche tentato di indurre alla Provincia a mutare la propria decisione circa l'indizione della gara, presentando quattro diverse proposte di finanza di progetto, anche con il coinvolgimento di altri operatori); condotta che – da quanto si evince dal provvedimento - ha prodotto concreti effetti anticoncorrenziali, in quanto ha ritardato di oltre quattro mesi la pubblicazione del bando di gara. In ragione della gravità e durata delle infrazioni la società è stata condannata al pagamento di una sanzione amministrativa pari ad € 1.147.275 Euro.

Sotto altro profilo, la ACP ha esposto di essere venuta a conoscenza del fatto che, in occasione di altra gara, alcuni operatori economici (tra cui la SAD e lo stesso amministratore indagato di una delle consorziate esecutrici del CAA) hanno stipulato alcuni accordi riservati volti all'organizzazione dei servizi

di trasporto pubblico extraurbano. Dai predetti accordi (allegati al fascicolo in atti, stipulati entrambi il 3.02.2017) risulta che: con un primo accordo, la SAD, la LIBUS (consorziata di CAA) e altri operatori si sono impegnati a suddividersi le aree geografiche di competenza per l'espletamento del servizio provinciale di trasporto pubblico locale su gomma e su rete fissa della Provincia di Bolzano, nel caso in cui quest'ultima dichiari inammissibile la proposta di finanza di progetto presentata dalla SAD ed opti per l'indizione di una procedura di gara per l'affidamento di tali servizi; l'accordo prevede una dettagliata suddivisione dei servizi tra le parti in caso di gara, compresi i subaffidamenti, i servizi accessori e quelli integrativi al TPL, prevedendo, inoltre, che nel caso in cui vi dovessero essere nuove opportunità di affidamento di nuove corse o linee rispetto alla concordata ripartizione, le parti avrebbero fatto in modo di consentire la prosecuzione del servizio al medesimo operatore (ove fosse una delle parti contraenti); con un secondo accordo riservato, stipulato dalla SAD, dal legale rappresentante della LIBUS (stavolta firmatario dell'accordo nella veste di rappresentante di altra società, Silbernagl Anton & co. KG) e altri diversi soggetti, sono state pattuite misure in deroga al precedente accordo a tutela delle società Pizzini S.r.l. e Silbernagl (non figuranti nel primo accordo).

Con nota prot. n. 54141 del 16 luglio 2020, l'Autorità ha comunicato alle parti l'avvio del procedimento.

Con memoria acquisita al prot. n. 55774 del 22 luglio 2020, la SAD ha presentato le proprie deduzioni, evidenziando:

i) relativamente agli accordi riservati sottoscritti con altri operatori, che la loro qualificazione quale illecito anticoncorrenziale compete in via esclusiva all'AGCM e non può essere effettuata dall'ANAC in sede di procedimento di precontenzioso; sostiene, inoltre, che tali accordi erano stati acquisiti dall'AGCM nell'ambito del procedimento A516 (che si è concluso con il provvedimento di condanna sopra riportato) ma non sono stati oggetto di approfondimento istruttorio né di un autonomo procedimento sanzionatorio, per cui "*non essendovi alcuna valutazione di un giudice civile o dell'AGCM sulla legittimità antitrust dei cd. "accordi riservati", essi non possono essere considerati ex art. 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016*"; viene, inoltre, evidenziato che è assente una valutazione da parte dell'ACP, che presupporrebbe il contraddittorio con le parti;

ii) relativamente alla condotta sanzionata con provvedimento dell'AGCM, la SAD sostiene che essa non rappresenti un "grave illecito professionale" in quanto il ritardo nel fornire le informazioni necessarie alla Provincia sarebbe stato "*del tutto irrilevante, privo di effetto e di nesso causale con la gara*", che la fattispecie dell'abuso di posizione dominante ex art. 102 del TFUE (per cui è stata sanzionata) è a contenuto giuridico indeterminato priva di precedenti dell'Antitrust rilevanti per cui SAD "*non poteva sapere che il suo comportamento*" fosse illegittimo, esso dunque non potrebbe incidere sull'art. 80 del Codice, anche perché mancherebbe l'elemento della volontarietà; in ogni caso, il provvedimento antitrust non sarebbe passato in giudicato perché è ancora pendente il giudizio incardinato dinanzi al TAR Lazio (R.g. n. 8450/2019);

iii) la SAD espone che la gara della Provincia oggetto del provvedimento antitrust è oggetto di un complesso procedimento penale (per i reati di abuso d'ufficio e turbata libertà degli incanti) a carico degli amministratori della consorziata LIBUS di CAA;

iv) con riferimento alla consegna delle buste da parte della SAD, quest'ultima afferma che esse contenevano solo un estratto del bando e una copia della visura camerale del Consorzio CAA, dalla quale si desumeva che quest'ultimo era carente del requisito richiesto; la condotta tenuta dalla società non sarebbe idonea ad influenzare indebitamente il processo decisionale della SA, bensì a rappresentare una "*realtà oggettiva documentata dagli atti pubblici acquisiti alla stessa procedura*" e la modalità prescelta (consegna a mano) era per accelerare i termini della procedura;

v) le condotte evidenziate nell'istanza di parere non sarebbero valutabili nell'ottica dell'art. 80 del Codice, anche perché la stessa Provincia di Bolzano avrebbe implicitamente considerato la società quale operatore affidabile, avendo successivamente disposto la rinnovazione delle concessioni per gli anni 2019 e 2020 (dopo avere annullato la precedente gara di affidamento del servizio di TPL extraurbano) ed aggiudicato alla stessa una gara per il servizio di trasporto *nightliner*.

Ritenuto in diritto

Le questioni sottoposte in esame concernono, a vario titolo, valutazioni discrezionali che competono in via esclusiva alla stazione appaltante in relazione alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice in capo a due operatori; valutazioni che, allo stato, non risultano ancora essere state effettuate dalla ACP. Si ritiene, pertanto, doveroso premettere che, poiché l'ANAC in sede di procedimento di precontenzioso (così come il Giudice Amministrativo in sede processuale) non può pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati (in analogia con il divieto posto dall'art. 34, comma 2, c.p.a.), ci si limita a definire le coordinate ermeneutiche nel cui ambito la stazione appaltante potrà (*rectius* dovrà) effettuare le proprie valutazioni discrezionali in ordine alla sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo agli operatori la cui integrità e affidabilità professionale viene considerata dubbia.

Il riscontro del primo e del secondo quesito rivolti dall'ACP richiede una preliminare ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento relativo alla fattispecie del grave illecito professionale.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, nella formulazione successiva al D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019 n. 12 (*ratione temporis* applicabile alla gara in esame), dispone l'esclusione di un operatore dalla partecipazione ad una procedura di gara quando "*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*".

Come noto, con la richiamata novella, al fine di allineare il dettato normativo nazionale alla previsione di cui all'art. 58 della direttiva 2014/24/UE, è stata scorporata l'originaria lett. c) del comma 5, elevando a cause di esclusione autonome quelle che in precedenza erano fattispecie tipizzate della categoria generale del "*grave illecito professionale*" facendole confluire nelle lettere c-*bis*) e c-*ter*). Come già chiarito dall'Autorità nella Delibera n. 1002 del 23 ottobre 2019, "*l'attuale lettera c) del comma 5, rimasta priva di indicazioni, anche solo esemplificative, di comportamenti rilevanti, pare delineare una sorta di fattispecie escludente aperta, suscettibile di intercettare una molteplicità di pregresse vicende professionali potenzialmente significative, ulteriori rispetto a quelle indicate nelle lettere c-ter e c-quater*". La suddetta interpretazione è stata di recente confermata dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 28 agosto 2020, n. 16, la quale ha *inter alia* evidenziato che l'art. 80, comma 5, lett. c) "*è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili* ex ante, *ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee guida emanate in materia dall'ANAC, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80*".

Le Linee guida ANAC n. 6 (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al D.Lgs. n. 57/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017 ed attualmente in fase di revisione) forniscono utili indicazioni per quanto concernente la configurabilità quale grave illecito professionale dei provvedimenti di condanna dell'Autorità Garante della Concorrenza

e del Mercato per abuso di posizione dominante, nonché di eventuali accordi riservati sottoscritti da due concorrenti ed aventi effetti sulle gare.

Sull'abuso di posizione dominante.

Per quanto concerne i provvedimenti di condanna per illeciti anticoncorrenziali adottati dall'AGCM, le richiamate Linee guida n. 6, aderendo alla tesi del carattere aperto della previsione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice (secondo cui "*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*"), individuano tra le situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico "*i 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*" (§ 2.2.3.1; cfr. anche Parere di precontenzioso n. 231 del 4 marzo 2020).

La riconducibilità degli illeciti anticoncorrenziali ed in generale dei comportamenti assunti in violazione della normativa in materia di concorrenza nel *genus* del grave illecito professionale è stata di recente confermata anche dalla Corte di Giustizia, con ordinanza del 4 giugno 2019, C-425/18, la quale (sia pure con riferimento alla causa di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006, ma con un ragionamento *a fortiori* applicabile alla normativa vigente, che, come noto, ha esteso il novero delle fattispecie riconducibili nell'ambito dell'illecito professionale anche alle condotte che intervengono in fase di gara, e non solo a quelle poste in essere in fase di esecuzione del contratto), ha rilevato che "*la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che stabilisca che un operatore ha violato le norme in materia di concorrenza, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore grave commesso da tale operatore. Di conseguenza, la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18*". La Corte di Giustizia 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*"; b) può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato; 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 (sulle violazioni antitrust si veda anche CGUE, 18 dicembre 2014, C-470/13). La riconducibilità dell'illecito antitrust alla nozione ampia di grave illecito professionale è stata accolta anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020 n. 1381; Id., sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158; TAR Lazio, Roma, sez. III-*Quater*, 22 dicembre 2017, n. 12640);

Come già detto si tratta, però, di una valutazione discrezionale che compete in via esclusiva alla stazione appaltante e che non può essere effettuata dall'Autorità. Tenendo conto di ciò, ci si limita ad evidenziare che le argomentazioni sviluppate dalla SAD in sede di memoria (§ 2) per contestare la potenziale ed astratta valenza escludente del provvedimento dell'AGCM non appaiono pertinenti.

Va, innanzitutto, confutata l'affermazione secondo la quale la condotta di abuso di posizione dominante sanzionata dall'Antitrust "*non ha avuto alcun effetto sulla contrattualistica pubblica e non rappresenta un grave illecito professionale*", categoria nella quale la SAD sembra annoverare le sole intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 101 del TFUE.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'operatore, nella categoria generale dell'illecito anticoncorrenziale (valutabile dalla SA ai fini dell'affidabilità professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) rientrano varie tipologie di condotte che alterano la situazione di mercato caratterizzata dalla libera competizione tra più operatori, sia quelle cd. di tipo escludente (cioè tendenti all'espulsione di un concorrente dal mercato o alla sua ricollocazione in esso) sia quelle di sfruttamento. Nell'ordinamento euro-unitario sono, infatti, vietate non sono le intese restrittive della concorrenza (l'art. 101 TFUE vieta le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune), ma anche gli abusi di posizione dominante qualora siano suscettibili di influire in modo distorsivo sul mercato (l'art. 102 TFUE vieta "*nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo*"). La giurisprudenza europea ha più volte sottolineato che non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante, ma che quest'ultima, per il forte potere economico di mercato che detiene, ostacoli la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato e tenga comportamenti indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei consumatori (cfr. *ex multis* CGUE, 14 febbraio 1978, C-27/76; nonché Cons. Stato, sez. VI, ord. 20 luglio 2020, n. 4646, con la quale sono state rimesse alla Corte di Giustizia diverse questioni interpretative relative alla configurabilità di tale illecito).

Chiarito che, in termini generali, la condotta di abuso di posizione dominante (pur presentando differenze strutturali rispetto alle intese *ex* art. 101 TFUE, sulle quali non è opportuno soffermarsi in tale sede) rientra nel *genus* dell'illecito concorrenziale, nel caso di specie, l'ACP dovrà valutare se – come evidenziato nel § 2.2.3.1 delle Linee Guida ANAC n. 6 – si è trattato di un illecito che ha prodotto "*gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica*" ed è stato posto "*in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare*".

Il primo elemento (effetti sulla contrattualistica pubblica) sembra, invero, emergere dalla disamina del provvedimento dell'AGCM A516, dal quale si evince (§ VI.3) che "*SAD ha scientemente posto in essere una condotta volta ad impedire che la Provincia potesse tempestivamente dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della Gara per l'affidamento di tali servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano*" e che i motivi per i quali sono state fornite con ritardo le informazioni indispensabili alla Provincia per la predisposizione degli atti di gara sono riconducibili ad una tattica dilatoria, in quanto l'impresa dominante (che si trovava ad operare da oltre cinquanta anni in una situazione di monopolio legale sulla base diverse concessioni) "*temeva di perdere continuità nella propria attività, sia in termini di eventuale riduzione del perimetro dei servizi svolti sia in termini di eventuale perdita dei fattori di produzione di detti servizi, ad esito della Gara*".

Il secondo elemento (incidenza della condotta anticoncorrenziale sul medesimo mercato di riferimento) dovrà essere attentamente esaminato dalla stazione appaltante. Dal provvedimento AGCM (§ VI.2) si evince che "*il mercato rilevante ai fini del presente provvedimento può essere individuato con riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale nel territorio della Provincia Autonoma di Bolzano attualmente oggetto di concessione e in futuro messi a gara, ovvero esclusivamente i servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri di gomma*". La procedura di gara in esame ha ad oggetto il servizio di trasporto scolastico svolto in un'area geografica locale coincidente con la Provincia Autonoma di Bolzano, anche se l'affidamento in esame è stato suddiviso in quattro lotti distinti per territorio (Lotto 1: Burgraviato, Val d'Ultimo, Val Passiria, Val Venosta - Lotto 2: Bolzano e dintorni, Salto/Sciliar, Oltradige, Bassa Atesina - Lotto 3: Val Gardena, Valle Isarco, Alta Valle Isarco - Lotto 4: Val Pusteria, Val Badia).

La circostanza (enfatizzata dalla SAD nella propria memoria) relativa al fatto che il provvedimento A516 non è passato in giudicato è priva di rilevanza. Le vigenti Linee guida n. 6 fanno, infatti, riferimento all'irrogazione di "*provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*" (il

concetto di "*provvedimenti esecutivi*" è stato, come noto, introdotto con la delibera del Consiglio dell'Autorità n. 1008/2017 di aggiornamento delle LG espungendo il concetto di "*provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato*"). Nel caso di specie, il carattere esecutivo del provvedimento *de quo* non è revocabile in dubbio, in quanto esso, pur essendo tuttora *sub iudice* (pende dinanzi al TAR Lazio-Roma il giudizio di cui al R.G. n. 8450/2019) non è stato né annullato né sospeso dal G.A. (avendo, peraltro, la società rinunciato all'istanza cautelare inizialmente proposta).

In ogni caso, la ACP, nell'ambito della propria valutazione discrezionale, dovrà adeguatamente considerare gli elementi evidenziati al § 6 delle Linee guida ANAC n. 6. In particolare: "*6.1. 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. 6.2 La rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che: 1. le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l'obiettivo di assicurare che l'appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; 2. l'esclusione sia disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare; 3. l'esclusione sia disposta all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata. 6.3. Il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico interessato. 6.4 La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto*".

Sugli accordi riservati tra due operatori.

Parzialmente diverso è il discorso da fare con riferimento agli accordi riservati stipulati dalla SAD e una società consorziata di CAA (la LIBUS), con altri operatori che però non concorrono alla gara in oggetto.

In questo caso, l'eventuale valutazione della ACP di escludere i due operatori dalla procedura non sarebbe ricollegabile ad un provvedimento dell'AGCM di accertamento della stipulazione di una intesa restrittiva della concorrenza (violativa dell'art. 101 TFUE) e, dunque, alla previsione di cui al par. 2.2.3.1. delle LG ANAC n. 6 (che richiede "*provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*").

Dalla documentazione in atti non risulta che, a parte il provvedimento n. A516 (di cui si è detto), sono stati adottati altri provvedimenti da parte dall'AGCM (invero, in sede di memoria, la SAD ha sostenuto che l'AGCM "*dopo una iniziale apertura di procedimento per tali fatti, deliberò poi di chiudere lo stesso*", ma agli atti non vi è alcun documento che attesti l'apertura dell'istruttoria né la successiva archiviazione del procedimento).

Cionondimeno, anche in assenza di un provvedimento di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza di cui all'art. 101 TFUE da parte dell'AGCM ed escluso che tale accertamento possa essere svolto dall'ANAC nell'ambito del presente procedimento, non può escludersi che la stazione appaltante possa egualmente trarre dai due accordi riservati in atti elementi concreti per effettuare la valutazione sull'affidabilità professionale dei due operatori (SAD e la consorziata esecutrice di CAA). Le stesse LG n. 6, al § 2.1.2.2. prevedono infatti che "*acquista, inoltre, rilevanza, al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati*".

Laddove la SA si determini in tal senso, all'esito di un provvedimento in contraddittorio instaurato con gli operatori interessati, occorrerà però una attenta valutazione sull'incidenza dei predetti accordi sulla procedura di gara in corso.

D'altra parte, di recente anche il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 580 del 24 gennaio 2020 (sia pure con riferimento alla peculiare vicenda in cui una SA che aveva dapprima sospettato di un'intesa restrittiva della concorrenza tra due operatori, ha poi aggiudicato la gara ad uno degli autori dell'intesa senza esaminare i fatti) ha evidenziato che, per disporre l'esclusione dell'operatore da una gara per avere commesso gravi illeciti professionali, non è necessario un provvedimento di accertamento dell'illecito anticoncorrenziale da parte dell'AGCM, sottolineando che "*è la stazione appaltante a doversi regolare a seconda delle circostanze del caso, con l'obiettivo, questo imprescindibile, di evitare che il supporto accordo illecito possa avere concreta attuazione incidendo sull'azione amministrativa; se del caso, tale determinazione sarà sottoposta al controllo giurisdizionale*".

Ne consegue che anche in assenza di un provvedimento dell'AGCM di condanna per intesa restrittiva della concorrenza, la stazione appaltante, nell'esercizio delle proprie prerogative e previa instaurazione di un procedimento in contraddittorio con gli operatori coinvolti nell'intesa, può valutare gli accordi riservati quali "*mezzi di prova adeguati*" da cui trarre elementi a sostegno della eventuale inaffidabilità professionale dei due concorrenti, fornendone adeguata motivazione.

Sul tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante.

Infine, la risposta al terzo quesito rivolto dall'ACP presuppone un preliminare inquadramento della fattispecie di cui alla lett. c-*bis*) del comma 5 dell'art. 80 del Codice, dopo la modifica apportata dal D.L. n. 135/2018.

La novellata disposizione prevede l'esclusione dalle procedure di gara per gli operatori che: *i)* abbiano tentato di condizionare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante; *ii)* abbiano tentato di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio; *iii)* abbiano fornito, anche per negligenza, informazioni false o forvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; *iv)* abbiano omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Tale lettera della disposizione in esame, il cui contenuto era inizialmente inglobato nell'originaria lett. c) del comma 5 dell'art. 80, rappresenta (come di recente evidenziato nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 agosto 2020, n. 16) una norma di chiusura del sistema in grado di intercettare una serie di situazioni non predeterminabili *ex ante*, ma incidenti in negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

Le quattro fattispecie enunciate nella vigente lett. c-*bis*) presentano alcuni elementi comuni ed alcune differenze (enfatizzate dal fatto che il legislatore utilizza la congiunzione disgiuntiva "*o*" oppure "*ovvero*", al fine di sottolineare che si tratta di condotte distinte).

Comune è, innanzitutto, la *ratio* dei motivi di esclusione contemplati nella lettera in esame. Si tratta di comportamenti che costituiscono fattori di deviazione del procedimento di gara dai canoni di imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. La *ratio* è, dunque, quella di preservare l'imparzialità dell'azione amministrativa, evitando che condotte indebitamente tenute dai concorrenti possano sviare le decisioni dell'Amministrazione, vulnerando l'esercizio imparziale (cioè equidistante dagli interessi privati coinvolti nel procedimento) dell'attività amministrativa.

Altro elemento comune alle quattro condotte di cui alla lett. c-*bis*) è rappresentato dal fatto che esse non rappresentano cause di esclusione di tipo automatico dalla gara, ma presuppongono una valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'incidenza della condotta sulla integrità ed affidabilità dell'operatore (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 16/2020, che, relativamente alla fattispecie della

presentazione di informazioni false o fuorvianti *sub iii)* e a quella dell'omissione dichiarativa *sub iv)* statuisce che "*E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32*", sottolineando che "*nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto 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*").

Le quattro fattispecie enunciate differiscono, invece, sotto il profilo della condotta valutabile dalla SA. Come chiarito nel § 2.2.2. delle Linee guida ANAC n. 6 il "*tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*" consiste in "*atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine: 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione; 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione; 1.3 all'attribuzione dei punteggi*"; nel tentativo "*di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio*" vengono annoverati i "*comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine: 2.1 al nominativo degli altri concorrenti; 2.2 al contenuto delle offerte presentate*"; invece, la fattispecie del "*fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*" consiste nel presentare in sede di gara informazioni false (cioè contrastanti con la realtà oggettiva) o fuorvianti (ovvero informazioni che pur non essendo false, perché maggiormente aderenti al vero, sono idonee ad incidere sulle decisioni della stazioni appaltante) dirette a sviare l'Amministrazione nell'adozione dei provvedimenti di gara (come precisato dalla richiamata Ad. Plen. n. 16/2020); infine, la fattispecie dell'"*omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione*" presuppone un obbligo dichiarativo da parte del concorrente "*il cui assolvimento è necessario perché la competizione di gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione*" (così Ad. Plen. n. 16/2020 cit.).

Relativamente al tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante (oggetto del quesito rivolto dalla ACP) occorre precisare che tale fattispecie presuppone che un concorrente abbia tentato con atti inequivoci ad incidere sulle decisioni della stazione appaltante relative alla procedura di gara (ammissione o esclusione di sé o di altri operatori, attribuzione dei punteggi). Si deve, però, trattare (per espressa disposizione legislativa) di una influenza "*indebita*" da parte di un concorrente, cioè di una condotta non dovuta, che si pone in violazione del principio di leale collaborazione con la stazione appaltante e dei canoni di buona fede, avendo come finalità, non quella di fornire delle informazioni doverose e anzi utili alla SA (anche ai fini della valutazione del possesso dei requisiti in capo ad altri operatori), bensì quella di alterare e condizionare i processi decisionali dell'Amministrazione mediante una indebita influenza.

Con riferimento a tale fattispecie (sia pure con riferimento ad una vicenda regolata dall'art. 80 prima della modifica apportata dal richiamato D.L. n. 135/2018), il Consiglio di Stato (sez. V, 1° aprile 2019, n. 2123) ha sottolineato che essa presuppone la valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine alla rilevanza inquinante di specifici comportamenti sul procedimento di gara. Ai fini della suddetta valutazione "*è sufficiente che sussistano profili sintomaticamente concordanti ed univoci della sussistenza di elementi tali da poter ricavare la ragionevole convinzione che si sia verificata un'indebita influenza dell'operatore economico nei processi decisionali dell'amministrazione. In sostanza la valutazione in ordine alla rilevanza inquinante sul procedimento di specifici comportamenti è rimessa a valutazioni discrezionali di competenza esclusiva della stazione appaltante e non costituisce un'automatica e necessitata ricaduta delle indagini penali*".

Tanto chiarito, nel caso di specie, compete in via esclusiva all'ACP valutare se la condotta tenuta da SAD e da CAA di segnalare vicendevolmente la presunta assenza dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice, nonché il contegno della SAD di consegnare buste a mano ad alcune funzionarie dell'Amministrazione Provinciale segnalando la carenza dei requisiti (iscrizione alla CCIAA per l'attività secondaria) da parte di CAA, rappresentino tentativi di indebita influenza nei processi decisionali della stazione appaltante. Nel contesto di tale valutazione, la ACP dovrà anche stabilire se tali condotte possano essere considerate come meri esposti o segnalazioni volti a portare a conoscenza dell'Amministrazione alcuni fatti oggettivi (che la SA avrebbe in ogni caso potuto appurare in sede di controllo dei requisiti) ovvero se tali condotte sono in grado di sviare le proprie valutazioni e se, in ogni caso, i comportamenti tenuti incidono sull'integrità o affidabilità degli operatori.

Tutto ciò considerato e ritenuto

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che spetti in via esclusiva alla stazione appaltante valutare, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, sulla scorta delle coordinate ermeneutiche tracciate, previo contraddittorio con gli operatori interessati, se il provvedimento di condanna dell'AGCM per abuso di posizione dominante nei confronti di un concorrente incida negativamente sulla sua integrità e affidabilità professionale e se incidano sul giudizio di affidabilità professionale dei concorrenti anche gli accordi riservati stipulati da più operatori partecipanti alla gara. Analoga valutazione discrezionale compete in via esclusiva alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) del Codice relativamente alla sussistenza di tentativi di influenzarne indebitamente il processo decisionale e all'incidenza dei comportamenti tenuti da due operatori sulla loro integrità o affidabilità professionale.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

FRANCESCO MERLONI ANAC 10.09.2020 14:06:40 UTC

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

ROSETTA GRECO 11.09.2020 07:17:06 UTC