

Al Direttore centrale

Determina di aggiudicazione della procedura aperta bandita ai sensi dell'art. 60 del Codice dei Contratti pubblici, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso vari stabili dell'Inail - CUI N. 01165400589201800454 -
Lotto 3 - CIG 7713866399

Con Sua determinazione a contrarre n. 280 del 29 novembre 2018 è stato autorizzato l'espletamento di una gara a procedura aperta sopra soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso gli immobili strumentali dell'Inail, articolata in 6 lotti geografici corrispondenti alle seguenti Regioni dove sono ubicati gli stessi immobili: Lazio (Lotto 1), Friuli Venezia Giulia (Lotto 2), Sardegna (Lotto 3), Puglia (Lotto 4), Calabria (Lotto 5) e Basilicata (Lotto 6).

Con Sua determinazione n. 189 del 22 luglio 2019 è stato approvato l'elenco dei concorrenti ammessi alla procedura tra i quali era compresa la Società COOPSERVICE società cooperativa per azioni che, con dichiarazione allegata al proprio DGUE, aveva diligentemente informato la Stazione appaltante dell'avvio, in data 6 marzo 2018, di un'istruttoria a proprio carico da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per la verifica di eventuali violazioni dell'art. 2 Legge 287/1990 e/o dell'art. 101 TFUE.

Con determinazione n. 35 del 25 luglio 2019, il Direttore generale ha, quindi, nominato la commissione per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

Successivamente, nel corso dello svolgimento della gara, con nota del 7 gennaio 2020, la predetta Società COOPSERVICE società cooperativa per azioni ha informato il Rup di essere stata destinataria, all'esito della predetta istruttoria condotta dall'AGCM, del provvedimento sanzionatorio n. 27993 emesso in data 12 novembre 2019 (pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante il 16 dicembre 2019), in quanto la stessa Società avrebbe posto in essere, unitamente ad altri operatori economici del settore, un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione all'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), avente la finalità di condizionare gli esiti delle gare per i servizi di vigilanza, con conseguente irrogazione a suo carico della sanzione amministrativa pecuniaria pari ad Euro 3.514.730.

Con la medesima comunicazione, il concorrente ha dichiarato che avrebbe impugnato il suddetto provvedimento sanzionatorio davanti alla competente Autorità Giudiziaria (TAR Lazio) e che aveva, comunque, già adottato adeguate misure di self cleaning in materia antitrust.

Pertanto, con nota del 17 gennaio 2020, questa stazione appaltante ha invitato la citata Società a trasmettere copia del ricorso giurisdizionale che sarebbe stato presentato, nonché copia di tutti i provvedimenti già adottati relativi alle misure di self cleaning.

La stessa Società, con pec del 21 gennaio 2020, oltre a confermare che il ricorso era in via di predisposizione e che sarebbe stato depositato unitamente alla domanda cautelare di sospensione, ha trasmesso la seguente documentazione:

- Linee Guida sulla compliance Antitrust, adottate in data 25 maggio 2018 e, quindi, prima della pubblicazione della gara in oggetto, con successivo conferimento di incarico di Responsabile del programma di compliance della Società, in data 4 giugno 2018;
- nomina in data 13 maggio 2019, di un Risk Manager Esterno con funzioni di supervisione nei confronti del Responsabile del programma di compliance antitrust;
- prima relazione del Risk Manager, in data 3 giugno 2019, con giudizio positivo, circa l'attivazione e la concreta applicazione della compliance antitrust da parte della Società;
- organigramma aggiornato della Società con le nomine di cui sopra.

Con successiva pec del 12 febbraio 2020, il concorrente ha inoltre comunicato di aver depositato il ricorso avverso il provvedimento sanzionatorio AGCM innanzi al TAR Lazio.

La Commissione giudicatrice nella seduta pubblica del 5 marzo 2020 ha redatto la graduatoria per il lotto 3 dalla quale è risultato che il concorrente COOPSERVICE società cooperativa per azioni aveva ottenuto il miglior punteggio complessivo pari a 95,09/100,00 - dato dalla somma del punteggio tecnico pari a punti 66,42/70,00 e del punteggio economico pari a punti 28,67/30,00 - e che lo stesso punteggio ottenuto rendeva l'offerta sospetta di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016; pertanto, la stessa Commissione, ma ha inviato la documentazione di gara al Rup che ha successivamente avviato il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi del citato art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

Nella seduta riservata del 24 giugno 2020, il Rup e la Commissione di gara hanno esaminato i giustificativi prodotti dalla Società interessata e hanno ritenuto che le spiegazioni dalla medesima fornite fossero da considerarsi adeguate e circostanziate e che l'offerta del concorrente potesse considerarsi congrua, seria, sostenibile e realizzabile ai sensi di quanto richiesto dal citato art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

La Commissione, pertanto, nella successiva seduta pubblica del 20 luglio 2020, ha formulato la proposta di aggiudicazione del lotto 3 a favore della Società COOPSERVICE società cooperativa per azioni tramite la funzione "aggiudica provvisoriamente" disponibile sulla piattaforma.

Nell'ambito delle attività da svolgere per la verifica del possesso dei prescritti requisiti in capo alla predetta Società risultata prima nella graduatoria del lotto 3, al fine di conferire efficacia all'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 32, comma 7 del codice dei contratti, il Rup, con nota del 21 luglio 2020, ha avviato nei confronti della stessa società un supplemento di istruttoria in ordine al provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, richiedendo al concorrente l'ulteriore necessaria documentazione tesa a dimostrare il possesso del requisito di integrità e affidabilità professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett c) del codice dei contratti.

Il citato provvedimento sanzionatorio, infatti, non produce l'effetto di automatica esclusione del predetto operatore economico dalla presente procedura di gara ma, in quanto incidente sull'integrità morale e sull'affidabilità professionale del concorrente, comporta l'obbligo per la stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza sostanziale degli specifici comportamenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto de quo, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto.

La logica che permea il regime della valutazione di affidabilità degli operatori economici ai fini dell'ammissione alle gare pubbliche mira, da un lato, a dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti, idonei ad incidere sull'affidabilità dell'impresa nel conseguimento e nell'esecuzione delle commesse pubbliche e, d'altro lato, a legittimare meccanismi di "recupero" degli operatori economici che abbiamo concretamente manifestato un ravvedimento, mediante l'effettiva adozione di misure riparatorie di self cleaning. Tale meccanismo consente all'impresa concorrente di dimostrare, ricorrendone le condizioni, la sua affidabilità malgrado l'esistenza di un motivo di esclusione.

La valutazione discrezionale della stazione appaltante deve necessariamente avvenire in esito e un attento esame sia dei comportamenti in concreto posti in essere dal concorrente sia della documentazione dallo stesso prodotta e acquisita d'ufficio.

Ebbene, va evidenziato che la società COOPSERVICE società cooperativa per azioni, oltre ad aver segnalato, già in sede di presentazione della documentazione di gara l'avvio dell'istruttoria dell'AGCM, ha tempestivamente informato la stazione appaltante dell'intervenuto provvedimento sanzionatorio comminato dalla stessa Autorità e si è immediatamente attivata, pochi mesi dopo la notifica dell'avvio dell'istruttoria dell'Agcm, ad adottare misure di self cleaning.

Il concorrente ha, quindi, adoperato al riguardo una condotta responsabile, trasparente e collaborativa, ispirata a quei principi di buona fede e correttezza che sono volti a garantire un rapporto fiduciario tra amministrazione e operatore economico durante tutto lo svolgimento della procedura di gara e del rapporto contrattuale instauratosi con l'aggiudicatario del servizio. L'immediato approntamento di misure di self cleaning prima dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio dimostra, inoltre, una notevole serietà professionale.

Per quanto riguarda la documentazione probatoria in merito all'adozione di misure di self-cleaning la società COOPSERVICE società cooperativa per azioni, con pec del 24 luglio 2020, a riscontro della richiesta del Rup, ha trasmesso la seguente documentazione, in aggiunta a quella già trasmessa in corso di gara, sopra menzionata:

- ricorso avverso il provvedimento sanzionatorio Agcm;
- conferimento di ulteriori compiti di responsabilità e poteri al Responsabile del programma di compliance della Società, al fine di estendere l'ambito dell'applicazione delle Linee Guida sulla compliance Antitrust, già adottate in data 25 maggio 2018;
- conferma dell'incarico di Risk Manager Esterno, con funzioni di supervisione nei confronti del Responsabile del programma di compliance antitrust;
- seconda verifica del Risk Manager, in data 23 ottobre 2019, con giudizio positivo, circa l'attivazione e la concreta applicazione della compliance antitrust da parte della Società.

La valutazione della documentazione probatoria acquisita dalla stazione appaltante deve mirare alla verifica della pertinenza e della rilevanza delle misure di self cleaning adottate dall'operatore economico interessato e, quindi, all'accertamento della loro idoneità sanante degli errori professionali commessi e degli effetti riabilitativi sotto il profilo dell'integrità morale, tenendo conto della circostanza che, ai sensi dell'art. 80, comma 7, del Codice (confermamente al considerando n. 102 e all'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE), un operatore economico intenzionato a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione, deve essere ammesso a dimostrare di essersi, per un verso, adoperato per l'eliminazione retrospettiva del danno cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, *pro futuro*, la commissione di ulteriori reati o illeciti in conformità a costante giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, infatti, già nella sentenza n. 5424/2018, ha confermato che le misure di risanamento adottate, non possono che operare *pro futuro*, "senza poter impedire l'operatività della clausola di estromissione dalla procedura".

Da ultimo, con sentenza 2260 del 6 aprile 2020 lo stesso Consiglio di Stato ribadisce che risponde a logica, prima che a norme, che le misure di self-cleaning (...) abbiano effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive alla adozione delle misure stesse. È infatti inimmaginabile un loro effetto retroattivo. 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.

In quest'ottica, l'adozione o l'aggiornamento di un programma di compliance antitrust efficace ed adeguato non solo riduce e previene il rischio di commettere in futuro illeciti antitrust da parte dell'impresa, ma dimostra l'impegno dell'impresa alla diffusione della cultura antitrust e il conseguente contributo a realizzare un mercato sano in cui le imprese possano competere secondo merito, a beneficio dei consumatori e del buon funzionamento dell'economia nel suo complesso.

Infatti, il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di self cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte, posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe alterativa della par condicio dei concorrenti, in quanto si consentirebbe, in sostanza, alle imprese di perfezionare i requisiti di partecipazione durante lo svolgimento della procedura (Consiglio di Stato, Sez. V, 09/ 01 /2020, n.158).

Le misure di self cleaning, perciò, hanno avuto chiaramente l'obiettivo di operare per il futuro, al fine di evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato, e di scongiurare il rischio di ulteriori condizionamenti illeciti nella pianificazione e gestione dell'attività aziendale connessa alla partecipazione alle procedure pubbliche d'appalto. 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.

Nello specifico si evidenzia che le misure di self cleaning adottate dalla società in data 25 maggio 2018, e quindi prima della pubblicazione della procedura di gara di qua (*il bando di gara è stato pubblicato sulla GUUE l'11 dicembre 2018 e il termine per il ricevimento delle offerte era fissato al 25 febbraio 2019*), e prima dell'emissione del provvedimento AGCM, emesso in data 12 novembre 2019 (pubblicato sul Bollettino dell'Autorità Garante il 16 dicembre 2019), hanno avuto chiaramente l'obiettivo di operare sia per il futuro, al fine di evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato, sia di preservare i contratti in corso di esecuzione, con lo scopo di scongiurare il rischio di ulteriori condizionamenti illeciti nella pianificazione e gestione dell'attività aziendale connessa alla partecipazione alle procedure pubbliche d'appalto.

Tuttavia la mera adozione di misure di self cleaning non consente automaticamente di eliminare la rilevanza escludente degli illeciti professionali commessi dal concorrente: è necessario che la stazione appaltante verifichi in concreto l'idoneità sanante di tali misure dell'efficacia delle stesse rispetto allo scopo a cui sono preordinate ovvero ad evitare che l'illecito commesso in passato possa in futuro ripetersi.

Dalla disamina di tutta la copiosa documentazione presentata dalla Società in relazione sanzione comminata da AGCM, si è potuto, pertanto, rilevare quanto segue.

In primo luogo le Linee Guida sulla compliance antitrust, adottate dalla Società già in data 25 maggio 2018 in conformità alle prescrizioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla base delle Linee guida Confindustria per la compliance antitrust delle imprese, appaiono uno strumento contenente efficaci misure di carattere tecnico e organizzativo idonee a prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Esse si rivolgono a tutto il personale, ai collaboratori a qualsiasi titolo e ai dirigenti della Società, prevedendo che in caso di sospetta violazione delle norme antitrust, venga effettuata tempestiva segnalazione al Responsabile del programma di compliance della Società.

Si stabilisce, in particolare, che i dipendenti della Società sono tenuti a segnalare, nel pieno anonimato, ogni eventuale violazione, presunta o conclamata, delle Linee guida adottate, dei principi etici o di una qualsiasi normativa a tutela della concorrenza, da parte della Società stessa, di un loro collega, di un collaboratore o di una terza parte, pena la possibilità a carico del dipendente di possibili azioni disciplinari. Il dipendente, viceversa, non potrà subire conseguenze sfavorevoli per essersi rifiutato di adottare un comportamento che violi le suddette Linee Guida, anche se ciò dovesse comportare per la Società una perdita di attività commerciali o dovesse ripercuotersi negativamente sui suoi programmi.

Vengono poi individuate precise regole di comportamento ed i relativi accorgimenti da porre in essere al fine di evitare situazioni critiche collegate al possibile insorgere di violazioni della normativa antitrust.

La Società si impegna, inoltre, a compiere ogni sforzo ragionevole per impedire, interrompere e sanzionare eventuali condotte tenute dal personale che violino le leggi in materia di anticorruzione o le Linee Guida sulla compliance Antitrust e ad adottare provvedimenti disciplinari nei confronti dei propri dipendenti inadempienti rispetto a tali prescrizioni.

Da ultimo, si prevede che la Società adotti appropriate misure, quali la risoluzione del contratto e la richiesta di risarcimento danni, nei confronti dei fornitori e dei partner commerciali in caso di azioni commesse in violazione della normativa antitrust o delle

Linee Guida sulla compliance Antitrust e che i contratti proposti dalla Società debbano includere disposizioni specifiche per assicurare il rispetto della normativa in materia e per consentire alla Società stessa di adottare adeguate misure di salvaguardia.

La società, inoltre, in data 4 giugno 2018 ha individuato all'interno dello staff della propria Direzione Generale, una figura professionale quale Responsabile del programma di compliance della Società, stabilendone contestualmente i relativi compiti, responsabilità ed aree di rischio. Questa figura risponde direttamente al Consiglio di Amministrazione, è dotata di adeguata autonomia ed indipendenza nello svolgimento delle proprie funzioni e si occupa, inoltre, del periodico monitoraggio e dell'eventuale aggiornamento del programma di compliance antitrust, al fine di verificarne l'effettiva attuazione e l'adattamento alle possibili evoluzioni giurisprudenziali in materia. Il Responsabile è, altresì, incaricato di specifici compiti in relazione a particolari aree di rischio, quali per esempio la partecipazione a gare previa costituzione di ATI o RTI o la partecipazione ad associazioni di categoria.

Al fine di verificare la concreta applicazione delle misure di self cleaning la Società, in data 13 maggio 2019, ha nominato un Risk Manager esterno con funzioni di supervisione nei confronti del Responsabile del programma di compliance antitrust ed in particolare di verifica dell'attività svolta dal Responsabile del programma di compliance con relazioni semestrali delle attività svolte.

Quest'ultima figura, in considerazione della sua estraneità e indipendenza rispetto all'organigramma societario, offre un'adeguata garanzia di obiettività rispetto all'attuazione della compliance antitrust da parte della Società, nonché ai fini del controllo e dissuasione all'adozione di comportamenti contro legge.

Al riguardo si evidenzia che la giurisprudenza valuta positivamente, in termini di efficacia organizzativa delle misure di self cleaning, l'inserimento di una figura di internal audit, prima assente, e/o una figura deputata al risk management con garanzia di indipendenza e autonomia rispetto alle cariche apicali della società.

Il Risk Manager della Società, in data 3 giugno 2019, ha elaborato la prima relazione con giudizio positivo circa l'attivazione e la concreta applicazione della compliance antitrust da parte della Società e, in data 23 ottobre 2019, ha svolto una seconda verifica, con giudizio nuovamente positivo.

Sulla base dell'esame della suddetta documentazione emerge piuttosto chiaramente che le misure adottate appaiono adeguate e soprattutto concretamente applicate dalla Società come si evince dai risultati positivi delle verifiche del Risk Manager che effettua con frequenza ravvicinata controlli circa l'attivazione e la concreta applicazione della compliance antitrust.

Alla luce di quanto sopra esposto, tenuto conto che:

- le misure adottate dal concorrente, anche in considerazione di quanto indicato dalle Linee guida Anac n. 6, si ritengono efficaci e convincenti rispetto alla gravità dei fatti contestati dall'AGCM;
- si ritiene ragionevole postulare che la competizione in oggetto si sia svolta regolarmente e che l'offerta presentata dal concorrente non sia stata condizionata da illecite distorsioni anticoncorrenziali;
- le restanti verifiche relative al possesso dei requisiti di cui agli artt. 80 e 83 del Codice dei contratti, effettuate nei confronti del concorrente, hanno avuto esito positivo;

è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale dell'operatore economico e si può, quindi, procedere con l'aggiudicazione del lotto 3 nei confronti della Società COOPSERVICE società cooperativa per azioni.

Si propone, pertanto, di aggiudicare il lotto 3 della procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso gli stabili della Sardegna dell'Inail alla Società COOPSERVICE società cooperativa per azioni per la durata di 4 anni dalla data di avvio del servizio per un totale stimato massimo pari ad € 312.775,60 oltre IVA e oneri per la sicurezza, con facoltà di rinnovo per un ulteriore anno.

Conformemente a quanto previsto dall'articolo 4 del capitolato di gara, il contratto di appalto sarà stipulato a cura del direttore regionale per la Sardegna, il quale provvederà ad individuare un nuovo Responsabile del procedimento che avrà la competenza alla gestione complessiva dello specifico contratto.

Ove si concordi, si sottopone alla Sua firma l'allegata determina.

Il Responsabile dell'ufficio
dott.ssa Antonella De Pero