



Repubblica Italiana
In Nome del Popolo Italiano
Il Tribunale di Milano
Sezione XIV civile

Specializzata in materia di impresa - A

composto dai signori magistrati:

dott.ssa Silvia Giani Presidente
dott.ssa Idamaria Chieffo Giudice
dott. Edmondo Tota Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

Sentenza

nella causa civile di primo grado iscritta al numero di ruolo generale
31403/2023 promossa

da

SINTEXCAL SPA, con sede in via G. Finati n.47, Località Cassana,
44124 Ferrara, (Cod. Fisc. 03559660372 - P.IVA 00570320382),
rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli Avv.ti Alberto Mischi
e Luca Pagliani;

-attrice -

contro

MILANO SERRAVALLE - MILANO TANGENZIALI SPA (P. IVA
00772070157, con sede in Assago (MI), Via del Bosco Rinnovato n. 4/A,
Palazzo U9, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Damiano Lipani e Silvia
Cossu;

-convenuta -

OGGETTO: Appalto di rilevanza comunitaria

CONCLUSIONI: come rassegnate nelle note depositate nel fascicolo
telematico

*

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – Le domande delle parti.



Con atto di citazione ritualmente notificato l'attrice Sintexcal S.p.A. ha convenuto in giudizio la concessionaria autostradale Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.A. chiedendo in via principale: **1)** di accertare e dichiarare la nullità e/o l'invalidità della clausola risolutiva di cui agli articoli 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro stipulato in data 9 novembre 2022 e, per l'effetto, la nullità e/o l'invalidità della risoluzione del contratto dichiarata da parte convenuta con la nota del 6 luglio 2023 prot. n.23/14337; **2)** di condannare la convenuta Milano Serravalle al pagamento della somma complessiva di €882.343,00 ovvero nella diversa misura accertata in corso di causa, oltre ad interessi moratori, nonché al risarcimento del danno curriculare e del danno di immagine.

In via subordinata la società attrice ha chiesto di accertare e dichiarare che l'accordo quadro stipulato in data 9 novembre 2022 si è risolto per recesso unilaterale della convenuta Milano Serravalle e di condannare la medesima società al pagamento in favore di Sintexcal, dell'indennizzo determinato ai sensi dell'articolo 20 dell'accordo quadro e dell'articolo 109 D.Lgs. 50/2016 in complessivi €857.600,00 oltre al rimborso delle spese sostenute per partecipare alla gara e per la stipulazione del contratto, pari a €24.743,00, ovvero nella diversa misura accertata in corso di causa, oltre ad interessi legali dalla domanda all'effettivo saldo.

Il 27 novembre 2023 la convenuta Milano Serravalle si è costituita chiedendo di accertare la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, lett. c) e c-bis) del D.Lgs. 50/2016, nonché la validità della clausola risolutiva di cui all'art. 5.8 dell'accordo quadro sottoscritto in data 8-9 novembre 2022 tra le parti in causa e, conseguentemente, la legittimità della risoluzione, operata da Milano Serravalle, dell'accordo quadro, con integrale rigetto delle domande, anche di natura risarcitoria, proposte da Sintexcal S.p.A..

Dopo la concessione dei termini di cui all'art. 171-ter c.p.c. e alcuni differimenti determinati dal trasferimento ad altro ufficio del giudice istruttore, all'udienza del 19 novembre 2024 le parti hanno chiesto di rimettere la causa al Collegio per la decisione.

Precisate le conclusioni e scambiate le comparse conclusionali e le repliche, l'8 aprile 2026 la causa è stata quindi rimessa al Collegio.



Le domande della società attrice non sono fondate e devono essere respinte per i motivi che di seguito si passa brevemente ad illustrare.

*

2. – I fatti costitutivi dell'azione promossa dalla società attrice.

A fondamento delle sue domande l'attrice Sintexcal S.p.A. ha in sintesi riferito:

- che nel dicembre 2021, la concessionaria autostradale Milano Serravalle aveva pubblicato il bando per l'affidamento dell'appalto di lavori denominato «*Gara lavori 4/2021 – Accordo quadro per lavori di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sulla intera rete in concessione*» suddiviso in 3 lotti;
- che Sintexcal aveva partecipato alla gara ed era risultata aggiudicataria del lotto B;
- che in data 8-9 novembre 2022 Serravalle e Sintexcal avevano stipulavano un accordo quadro per la disciplina dei loro rapporti;
- che l'accordo quadro aveva una durata di 48 mesi decorrenti dalla data di sottoscrizione;
- che dopo la stipulazione dell'accordo quadro, la stazione appaltante non aveva dato avvio alla sua esecuzione;
- che con comunicazione del 18 aprile 2023, Milano Serravalle aveva contestato «*il possibile venir meno in capo a Sintexcal del requisito di cui all'articolo 80 comma 5 lett. c) e c-bis) del D.Lgs. n.50/2016 e s.m.i e, in ogni caso la potenziale rilevanza delle condotte rilevate anche ai sensi dell'art. 5.8 e, comunque, dell'art. 19.2 dell'Accordo quadro Lotto B*»;
- che la contestazione mossa dalla Milano Serravalle non si fondava su fatti avvenuti durante la procedura di gara del 2021 ma risalivano alla gara bandita dalla stessa stazione appaltante in data 11 febbraio 2019 per l'affidamento dell'appalto denominato «*Gara servizi 1/2019 - Servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sulla intera rete in concessione*» e riguardava quindi un diverso contratto di appalto stipulato il 21 novembre 2019 (doc. 7) la cui esecuzione aveva avuto inizio il 22 ottobre 2019 e si era conclusa in data 21 ottobre 2022;



- che a fondamento della contestazione del 18 aprile 2023, Serravalle assumeva che nella precedente Gara servizi 1/2019, Sintexcal avesse partecipato ad una intesa restrittiva della concorrenza insieme con altre imprese finalizzata alla spartizione del mercato della gara servizi 1/2019 e che tale circostanza fosse documentata dalla deliberazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito “AGCM”) del 13 dicembre 2022 con la quale, a conclusione del procedimento I845 avviato con deliberazione del 25 maggio 2021, si affermava (doc. 9): *«a) che le società Itinera S.p.A., Sintexcal S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l. hanno posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell’articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) consistente in un’intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento dalla Gara Servizi n. 1/2019”* con applicazione delle conseguenti sanzioni amministrative pecuniarie;
- che Sintexcal esprimeva le proprie controdeduzioni avverso la contestazione di inadempimento con nota del 2 maggio 2023, evidenziando: **a)** che la deliberazione dell’AGCM del 13 dicembre 2022 era stata impugnata avanti al T.A.R. Lazio ed era pendente il giudizio R.G. 3379/2023; **b)** che non esisteva alcuna sentenza del giudice amministrativo che avesse dichiarato la legittimità della deliberazione AGCM e, conseguentemente, **c)** che la deliberazione dell’AGCM, non essendo ancora divenuta inoppugnabile, non era idonea a dimostrare la sussistenza della causa di esclusione di cui all’articolo 80, comma 5, lettera c) D.Lgs. 50/2016; **d)** che i fatti che le venivano contestati non incidevano sull’affidabilità e integrità dell’impresa;
- che Serravalle, con nota del 6 luglio 2023 aveva risolto l’accordo quadro avvalendosi della clausola risolutiva di cui agli articoli 5.8 e 19.2 i quali dispongono rispettivamente (l’articolo 5.8) che: *«In caso di accertamento, nel corso del rapporto contrattuale, del difetto del possesso dei requisiti di cui all’art. 80 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. in capo all’Appaltatore, l’accordo quadro si intenderà risolto di diritto.*



In tale ipotesi, all'Appaltatore spetterà il pagamento delle prestazioni regolarmente svolte fino al momento dello scioglimento dell'accordo quadro, fermo restando il diritto della Stazione Appaltante di applicare una penale pari al 10% (dieci per cento) del valore contrattuale» e (articolo 19.2): «Costituiscono in ogni caso causa di risoluzione dell'accordo quadro i seguenti casi: a) sia insorto, in un momento successivo alla stipula dell'accordo quadro, uno dei motivi di esclusione previsti dall'articolo 80 del D.Lgs.50/2016 e s.m.i (...);»

Con l'atto di citazione Sintexcal ha inoltre dedotto:

- che le linee guida dell'ANAC 6/2017, relative alla causa di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c) D.Lgs.50/2016, al paragrafo 2.2.3.1. consideravano come 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»* (doc. 16);
- che con ordinanza del 20 novembre 2019 la Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C 522/18 aveva statuito: *«L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale in virtù della quale la presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione di risoluzione di un contratto di appalto pubblico, adottata da un'amministrazione aggiudicatrice in ragione di un «grave illecito professionale», verificatosi in sede di esecuzione di tale contratto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indica una nuova gara d'appalto di escludere un operatore, nella fase della selezione degli offerenti, sulla base di una valutazione dell'affidabilità dell'operatore stesso»* (doc. 18);
- che pertanto alla luce della giurisprudenza della CGUE, la risoluzione del contratto dichiarata da Milano Serravalle per un asserito illecito anticoncorrenziale che non è ancora stato accertato con sentenza



passata in giudicato, è in palese violazione del criterio interpretativo espresso dalla Corte di giustizia;

- che la risoluzione del contratto fondata sull'asserita violazione dell'articolo 80, comma 5 lett. c), D.Lgs. 50/2016 è invalida in quanto a) la delibera dell'AGCM del 13 dicembre 2022 non è immediatamente esecutiva e b) alla data di introduzione del giudizio era pendente avanti al TAR Lazio il giudizio R.G. 3379/2023 promosso per l'annullamento del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM;
- che la clausola risolutiva di cui agli articoli 5.8 e 19.2 del contratto sarebbe nulla in quanto contraria ad una norma imperativa, giacché la risoluzione del contratto di appalto pubblico è disciplinata dall'articolo 108 D.Lgs.50/2016 che non contempla tra le ipotesi di risoluzione la violazione dell'articolo 80, comma 5 lettera c) D.Lgs.50/2016 e inoltre perché l'articolo 80, comma 6, del D.Lgs.50/2016 così dispone che le *«stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5»*; là dove le clausole risolutive di cui agli articoli 5.8 e 19.2 del contratto vengono ad estendere *sine die* l'operatività di cause di esclusione anche dopo che il procedimento di gara si è concluso con la stipulazione del contratto;
- che, attesa la nullità delle clausole risolutive dell'accordo quadro e la conseguente illegittimità della risoluzione, l'attrice ha diritto di essere ristorata **a)** per il mancato guadagno determinato nella misura del decimo dei lavori non eseguiti, pari a complessivi € 857.600,00 (€ 10.720.000,00 x 4 : 5 x 10 : 100 = 857.600,00); **b)** per le spese sostenute per partecipare alla gara lavori 4/2021 e per stipulare il contratto, pari a complessivi €24.743,00 così determinati; **c)** per il danno curriculare e il danno di immagine.

In corso di causa, con sentenza pubblicata in data 9 ottobre 2023, n. 14838, il TAR Lazio ha annullato il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM con la motivazione che *“non è ammissibile il compimento di una attività preistruttoria che si prolunghi entro un lasso di tempo totalmente libero da*



qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato” (TAR Lazio, sez. I, n. 7795/2021), dovendo la stessa essere contenuta entro termini “ragionevoli”, da valutare in relazione alla natura degli accertamenti richiesti, scomputando “il tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie” (TAR Lazio, I, n. 6525/2018) e che dall’esame dello svolgimento dell’attività istruttoria si evince che l’AGCM avrebbe potuto acquisire tutte le informazioni necessarie per tratteggiare gli elementi-base dell’illecito e, quindi, decidere se avviare o meno la successiva fase istruttoria in un lasso di tempo molto più limitato di quello effettivamente decorso, per la maggior parte del quale non risultano essere state compiute attività. Tale circostanza si pone in contrasto con il rispetto dei principi di buon andamento ed efficienza dell’azione amministrativa”.

La sentenza n. 14838/2023 del TAR Lazio è stata appellata dall’AGCM davanti al Consiglio di Stato che con ordinanza 29 aprile 2025 ha sospeso il processo rinviando alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea la definizione in via pregiudiziale, ai sensi dell’art. 267 TFUE, di due questioni: **i)** “*se l’art. 101 TFUE osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all’art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689, che, ai fini dell’esercizio dei poteri sanzionatori, impone all’Autorità garante della concorrenza e del mercato di notificare alle imprese interessate il provvedimento di avvio dell’istruttoria, che indica inter alia gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, entro il termine decadenziale di novanta giorni, ovvero trecentosessanta giorni per le imprese residenti all’estero, decorrente dal momento in cui l’Autorità ha la conoscenza della violazione*”; e **ii)** “*se l’art. 101 TFUE e la Direttiva (UE) 2019/1 debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che prevede l’annullamento quale conseguenza automatica della violazione del termine ragionevole per l’avvio del procedimento istruttorio, senza che debba essere accertata l’effettiva lesione del diritto di difesa; o, in subordine, se essi ostano ad una normativa nazionale che, in presenza della violazione del termine ragionevole per l’avvio del procedimento istruttorio, onera l’Autorità (e non le imprese) della prova*



ulteriore che la violazione del predetto termine abbia leso in concreto il diritto di difesa”.

Il giudizio di impugnazione davanti al Consiglio di Stato del provvedimento sanzionatorio dell’AGCM è, quindi, tuttora pendente e sospeso in attesa della decisione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

*

3. – Le difese della società convenuta.

La convenuta Milano Serravalle si è difesa deducendo in sintesi:

- che la giurisprudenza amministrativa maturata con riferimento all’art. 80, comma 5, lettere *c*) e *c-bis*) del D.Lgs. 50/2016, rimette alla stazione appaltante la verifica delle fattispecie riconducibili a gravi illeciti professionali idonei a pregiudicare l’affidabilità e l’integrità dei concorrenti agli occhi del contraente pubblico;
- che non rileva pertanto, al riguardo, che il provvedimento sanzionatorio dell’AGCM formi oggetto di impugnazione o che l’impugnazione sia stata accolta dal giudice amministrativo, in quanto *(i)* in primo luogo, le valutazioni circa l’affidabilità e l’integrità dell’operatore economico sono state svolte autonomamente dalla stazione appaltante sulla base delle risultanze di fatto e circostanziali emerse anche dall’istruttoria procedimentale dell’AGCM e, pertanto, prescindono dalle analoghe valutazioni compiuta, nell’ambito della propria funzione istituzionale, dall’AGCM, *(ii)* la giurisprudenza amministrativa riconosce pacificamente, a tutto voler concedere, che anche in pendenza di giudizio dinanzi agli organi giudiziari la stazione appaltante abbia il potere-dovere di apprezzare i fatti oggetto del provvedimento dell’AGCM che, non essendo stato cautelatamente sospeso, sia esecutivo e produttivo di effetti (cfr. TAR Liguria, Sezione I, 27 ottobre 2020, n. 735, Cons. Stato, Sezione III, 14 ottobre 2020, n. 6209; TAR Lazio, Roma, Sezione III- quater, 22 dicembre 2017, n. 12640); *(iii)* anche l’art. 98 del D.Lgs. n. 36/2023 (che ha abrogato il D.lgs. 50/2016) autorizza le stazioni appaltanti a desumere l’esistenza di un illecito professionale dalla delibera “*esecutiva*” irrogata dall’Autorità Garante



della Concorrenza e del Mercato e qualifica espressamente il provvedimento esecutivo come un mezzo di prova adeguato ai fini della dimostrazione dell'illecito professionale; (iv) ad ogni buon conto l'accoglimento dell'impugnazione del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM da parte del TAR Lazio ha riguardato solo profili procedurali, legati alla durata dell'istruttoria rispetto ai termini previsti dalla L. n. 689/1981 senza toccare in alcun modo le valutazioni di merito dell'AGCM;

- che Sintexcal S.p.A. non ha mai contestato nel corso del giudizio di aver effettivamente posto in essere le condotte illecite che le sono state rimproverate, essendosi invece limitata a censurare aspetti e profili solo formali;
- che l'esistenza di un accordo spartitorio tra Sintexcal, Itinera S.p.A., General Beton Triveneta S.p.A., e Impresa Bacchi S.r.l., avente ad oggetto la “Gara Servizi n. 1/2019” a suo tempo indetta da Milano Serravalle, trova conferma in numerose evidenze probatorie la cui validità non è stata messa in discussione dalla decisione del TAR Lazio, essendo dimostrati (i) i numerosi contatti tra le tre aggiudicatrici, il cui scopo era quello delineare di strategia comune di partecipazione alla procedura di gara, (ii) altrettanti scambi di corrispondenza interna, da cui si evince l'intenzione di condividere informazioni commercialmente sensibili e di partecipare – almeno inizialmente, da parte di alcune concorrenti – a tutti e tre i lotti, (iii) ulteriori mail/messaggi che delineano (anche nel periodo in cui la gara era in fase di esecuzione) l'esistenza di una solida relazione, che si pone ben oltre il confine della semplice collaborazione e che evidenzia, piuttosto, una consuetudine allo scambio di dati strategici e sensibili, come ad esempio quelle relative alla partecipazione o non ad una gara futura o al prezzo delle materie prime; ed essendo altresì dimostrato (iv) che tutte le tre imprese coinvolte nell'intesa restrittiva della concorrenza, nel momento in cui avevano presentato le proprie offerte alla stazione appaltante, erano perfettamente a conoscenza dei lotti per cui ciascuna di esse intendeva presentare offerta e dei lotti per i quali sarebbero state indicate nella terna dei subappaltatori;



- che la volontà di spartizione dei lotti della “*Gara Servizi n. 1/2019*” è confermata anche dalla scelta delle concorrenti di presentare offerta per uno solo dei lotti messi a gara anziché per due o tutti e tre i lotti: scelta tutt’altro che logica e razionale già per il fatto che la partecipazione ad un solo lotto riduce drasticamente – e ciò a prescindere da obiettivamente poco credibili “scelte imprenditoriali” – la possibilità di aggiudicazione;
- che un altro elemento indiziario dell’esistenza di una collusione tra le imprese partecipanti alla “*Gara Servizi n. 1/2019*” deve essere ravvisato nella portata eccessivamente modesta dei ribassi offerti dalle partecipanti;
- che anche il complesso schema di subappalti reciproci ideato dalle partecipanti dimostra inequivocabilmente l’esistenza della pratica concordata;
- che le clausole risolutive contestate dall’attrice sono pienamente valide ed efficaci poiché l’art. 108 del D.Lgs. n. 50/2016 invocato dalla parte attrice, non contiene un’elencazione tassativa delle cause di risoluzione dei contratti pubblici e in virtù del principio di continuità del possesso dei requisiti generali e speciali (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl. 20 luglio 2015 n. 8), tali requisiti – incluso quello previsto dall’art. 80, comma 5, lett. c) – devono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche per tutta la durata della procedura fino alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità: pertanto, qualora in corso di esecuzione del contratto d’appalto intervenga la perdita dei requisiti di ordine generale o di ordine speciale, da parte dell’appaltatore, la stazione appaltante è tenuta a valutare l’opportunità di procedere alla risoluzione del contratto d’appalto ai sensi dell’art. 108 del D.Lgs. n. 50/2016.

*

4. – Le valutazioni del Tribunale: la validità degli articoli 5.8 e 19.2 dell’accordo quadro.



L'attrice Sintexcal S.p.A. ha chiesto di accertare l'invalidità delle clausole risolutive contenute negli articoli 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro stipulato in data 9 novembre 2022 con Milano Serravalle e la conseguente illegittimità della risoluzione del contratto d'appalto intimata dalla stazione appaltante con comunicazione del 6 luglio 2023 prot. n.23/14337, nonché di condannare la convenuta al risarcimento dei danni commisurati al mancato guadagno di Sintexcal determinato nella misura del decimo dei lavori non eseguiti, alle spese sostenute per partecipare alla gara lavori 4/2021, al danno curriculare e al danno di immagine.

L'articolo 5.8 dell'accordo quadro – inserito nel paragrafo 5 intitolato “Penali” – stabilisce che: *«In caso di accertamento, nel corso del rapporto contrattuale, del difetto del possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. in capo all'Appaltatore, l'accordo quadro si intenderà risolto di diritto. In tale ipotesi, all'Appaltatore spetterà il pagamento delle prestazioni regolarmente svolte fino al momento dello scioglimento dell'accordo quadro, fermo restando il diritto della Stazione Appaltante di applicare una penale pari al 10% (dieci per cento) del valore contrattuale».*

L'articolo 19.2, lett. a), – inserito nel paragrafo 19 intitolato “Risoluzione dell'Accordo Quadro” – prevede inoltre che: *«Costituiscono in ogni caso causa di risoluzione dell'accordo quadro i seguenti casi: a) sia insorto, in un momento successivo alla stipula dell'accordo quadro, uno dei motivi di esclusione previsti dall'articolo 80 del D.Lgs.50/2016 e s.m.i (...)».*

L'art. 80 del D.lgs. 50/2016, richiamato dall'accordo quadro, a sua volta stabilisce che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle procedure d'appalto o di concessione gli operatori economici che abbiano commesso alcuno degli illeciti o che si trovino in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, “a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura” (comma 6).

Per quanto qui immediatamente rileva, l'art. 80 dispone in particolare, al comma 5, lett. c), l'esclusione dalle gare pubbliche per il caso in cui “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”; e al comma 5, lett. c-bis) l'esclusione per il



caso in cui *“l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

Il comma 10-bis dell'art. 80 stabilisce, poi sempre per quanto rileva in questo giudizio, che nei casi di cui al comma 5, *“la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza”* e che nel *“tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”*.

Sostiene in proposito l'attrice che le clausole 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro sono nulle in quanto contrarie all'articolo 108 del D.Lgs. 50/2016.

La tesi della società attrice si basa sull'art. 108, comma 1, lett. c) il quale dispone che le stazioni appaltanti *“possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia”* quando l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto *“in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1”*. Da ciò deriverebbe, secondo il ragionamento dell'attrice, che debba escludersi la facoltà di risolvere il contratto per gli illeciti indicati dall'art. 80, commi 2, 4 e 5, diversi da quelli elencati dal comma 1.

L'assenza di una comminatoria espressa di nullità (art. 1418, comma 3, c.c.) e il rilievo che non può predicarsi l'illiceità (i.e. la nullità del comma 2 dell'art. 1418 dovuta al contrasto del programma contrattuale con i valori fondamentali dell'ordinamento) di clausole negoziali che - come gli artt. 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro - riproducono una norma di rango legislativo, dovrebbe indurre a interrogarsi se, nel caso di specie, sia ravvisabile un'ipotesi di nullità virtuale (art. 1418 comma 1, c.c.): se in altri



termini le clausole impugnate debbano reputarsi nulle perché “*contrarie a norme imperative*”.

Senonché è certo, per un verso, che: a) la disposizione legislativa invocata dalla società attrice non contiene una regolamentazione esaustiva delle *cause legali* di risoluzione dei contratti pubblici di cui possa perciò predicarsi la tassatività e, per altro verso, che quella stessa disciplina b) non contiene indicazioni da cui possa desumersi l'intento del legislatore di comprimere in maniera cogente l'autonomia contrattuale delle stazioni appaltanti, negando loro il potere di stabilire specifiche *cause convenzionali* di scioglimento dei contratti conclusi con gli operatori economici.

Per affermare l'incompletezza della disciplina dettata dall'art. 108 è sufficiente notare che tale disposizione non detta, ad esempio, alcuna disciplina in ordine alla risoluzione dei contratti pubblici per il caso d'inadempimento delle parti, cosicché è senz'altro necessario riferirsi per tale evenienza alla disciplina generale stabilita dal codice civile.

L'applicabilità della disciplina dettata dal codice civile alla materia degli appalti pubblici è del resto affermata, ove ve ne fosse bisogno, dall'art. 30, ultimo comma, del D.lgs. 50/2016 il quale dispone con formula eloquente che “*per quanto non espressamente previsto nel presente codice [degli appalti pubblici] e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici [...] si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, [e] *alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*”, nonché dall'art. 1, comma 1-bis l. 241/90 il quale stabilisce che anche la “*pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.*

Che in questa materia non sia ravvisabile un principio di tassatività delle cause di risoluzione è poi confermato dall'art. 73 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, trasposto nell'ordinamento nazionale dal citato art. 108, atteso che la normativa europea impone agli Stati membri di assicurare che “*le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle*



seguenti circostanze [i.e. nelle circostanze indicate dall'art. 108] e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso ...”.

Vero è, quindi, che la disposizione richiamata dall'attrice, attuativa dell'art. 73 della direttiva 2014/24/UE, contiene una disciplina speciale delle *cause legali* di risoluzione volta ad integrare il diritto comune dei contratti.

In particolare, l'art. 108, comma 1, lett. c), del D.lgs. 50/2016 attribuisce alle stazioni appaltanti, *indipendentemente dall'esistenza di un patto espresso in tal senso*, la facoltà (“*possono*”) di risolvere il contratto se, al momento dell'aggiudicazione, l'impresa appaltatrice abbia commesso alcuno dei reati indicati dall'art. 80, comma 1, anche in mancanza di una sentenza definitiva di condanna.

L'art. 108, comma 2, stabilisce invece che le stazioni appaltanti “*devono*” risolvere un contratto pubblico – ancora una volta a prescindere da una espressa previsione negoziale – qualora durante l'esecuzione dell'appalto sia intervenuta “*sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80*”.

Si tratta però – occorre subito aggiungere – di una disciplina che, come è reso evidente dalla lettura della norma, non possiede alcuna vocazione di completezza e che, soprattutto, è muta in ordine al regime delle *cause convenzionali* di risoluzione, risultando, quindi, di per sé inidonea a derogare la disciplina generale del contratto dettata dal codice civile.

Né dall'art. 108 né più in generale dalla disciplina dei contratti pubblici può dunque ricavarsi una norma volta a limitare l'autonomia contrattuale delle stazioni appaltanti, e, per quanto qui rileva, a comprimere la facoltà riconosciuta a tutti i soggetti dell'ordinamento di negoziare con le proprie controparti clausole risolutive espresse (art. 1456 c.c.) e clausole di recesso (art. 1373 c.c.) destinate ad operare in specifiche circostanze a tutela dell'interesse dell'uno o dell'altro contraente.

Alla stregua di tali coordinate normative – e, in particolare, della piena operatività del principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) anche per i soggetti pubblici e, a maggior ragione, per i privati concessionari di beni o servizi pubblici – non può esservi alcuna incertezza circa la validità di



una disciplina convenzionale che, come quella disegnata dagli articoli 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro stipulato il 9 novembre 2022 tra Milano Serravalle e Sintexcal, consente alla stazione appaltante di risolvere il contratto d'appalto in presenza di una "*giusta causa*", qual è senz'altro l'accertamento dei fatti prefigurati dall'art. 80, commi 2, 4 e 5, del D.lgs. 50/2016, in grado di rendere dubbia l'integrità morale e professionale o l'affidabilità dell'appaltatore.

La regolamentazione negoziale in esame, infatti, - oltre ad inserirsi pianamente nel quadro della libertà fondamentale dei contraenti di scegliere le proprie controparti e, quindi, anche di selezionare *partners* contrattuali che possiedono determinati requisiti di professionalità e affidabilità - riproduce una norma di rango primario (l'art. 80) volta a regolare i casi di esclusione dalle gare pubbliche delle imprese che si sono macchiate di condotte riprovate dall'ordinamento, peraltro radicata nella normativa europea dei contratti pubblici (art. 57 direttiva 2014/24/UE), ed estende l'operatività delle cause legali di esclusione - applicabili durante la procedura di gara - alla fase post-aggiudicazione, là dove, appunto, una causa di esclusione sia insorta o sia stata accertata, dopo l'aggiudicazione del contratto, nella fase esecutiva del rapporto.

Né può sostenersi ragionevolmente, per sostenere l'invalidità del recesso convenzionale per giusta causa della stazione appaltante, che il potere di escludere le imprese che prima o nel corso della procedura abbiano commesso gravi illeciti si consuma con l'aggiudicazione del contratto, sicché dopo l'aggiudicazione debba prevalere una ragione imperativa di stabilità del rapporto contrattuale.

Non solo, infatti, la disciplina legislativa delle cause di risoluzione dei contratti pubblici, come si detto, non depone esplicitamente in tal senso, ma sarebbe difficilmente giustificabile una norma che prescrivesse alle stazioni appaltanti, addirittura in maniera cogente, la prevalenza in ogni caso delle ragioni di stabilità del rapporto, sostanzialmente nell'interesse dell'autore dell'illecito, anche nelle ipotesi in cui la causa di esclusione sia ignota al momento dell'aggiudicazione o si sia materializzata soltanto *ex post*. Tanto più nelle ipotesi in cui la particolare gravità dell'illecito commesso dall'aggiudicatario risulti, come nel caso in esame, dalla



violazione degli artt. 101 e 102 TFUE che, come noto, enunciano disposizioni dell'ordine pubblico europeo (cfr. CGUE, sentenza 1° giugno 1999, causa C-1326/97, *Eco Swiss*).

Per questi motivi deve, quindi, senz'altro affermarsi, a giudizio del Tribunale, la validità dell'assetto negoziale prefigurato dagli articoli 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro stipulato tra Milano Serravalle e l'attrice Sintexcal.

*

5. – Le valutazioni del Tribunale: la legittimità della risoluzione dell'accordo quadro comunicata da Milano Serravalle con la nota del 6 luglio 2023 prot. n.23/14337.

Dalla validità delle clausole contrattuali che attribuivano a Milano Serravalle la facoltà di recedere dall'accordo quadro in caso di accertamento - sopravvenuto durante la fase esecutiva del rapporto - di alcuno dei fatti rientranti nelle previsioni dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016, discende la legittimità della risoluzione intimata dalla società convenuta. Con la comunicazione di risoluzione del 6 luglio 2023 (doc. 7 parte convenuta), infatti, Milano Serravalle ha contestato alla Sintexcal S.p.A. la sussistenza delle fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), del D.lgs. 50/2016 e, in particolare, ha rappresentato:

- che con bando del 7 febbraio 2019 Milano Serravalle aveva indetto una procedura di gara suddivisa in tre lotti per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni autostradali sull'intera rete in concessione per un importo complessivo di €29.400.000,00 (“**Gara Servizi n. 1/2019**”);
- che il bando della Gara Servizi n. 1/2019 prevedeva che ciascun operatore economico potesse presentare offerta per uno o più lotti, con limite di aggiudicazione di un solo lotto;
- che entro il termine di presentazione delle offerte la stazione appaltante aveva ricevuto le offerte di tre operatori: Sintexcal S.p.A. per il lotto A, Itinera S.p.A. per il lotto B e Impresa Bacchi S.r.l. per il lotto C;



- che nell'ambito delle loro offerte ciascuna delle tre partecipanti aveva indicato quali subappaltatori in caso di aggiudicazione le altre due imprese che avevano partecipato alla gara;
- che a fronte di tale circostanza Milano Serravalle aveva trasmesso una segnalazione all'AGCM rappresentando la scarsa partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 e sottolineando che i tre partecipanti avevano presentato un'offerta riguardante uno solo dei tre lotti messi a gara, indicando nella terna dei subappaltatori gli offerenti degli altri lotti;
- che Milano Serravalle non aveva ricevuto riscontri dall'AGCM e quindi la procedura di affidamento era proseguita con l'aggiudicazione dei tre lotti alle tre offerenti e l'esecuzione del contratto di appalto;
- che alla scadenza del contratto Milano Serravalle aveva indetto una nuova gara suddivisa sempre in tre lotti per l'affidamento dei lavori di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni autostradali sull'intera rete in concessione per un importo complessivo di €33.760.000.000 (**"Gara Lavori n. 4/2021"**);
- che a seguito della procedura Sintexcal si era aggiudicata il lotto B;
- che in data 9 novembre 2022 Milano Serravalle e Sintexcal avevano sottoscritto l'accordo quadro della durata di 4 anni per l'importo di €11.320.000;
- che con provvedimento notificato il 28 dicembre 2022, deliberato il 13 dicembre 2022, a chiusura del procedimento I845 avviato su segnalazione di Milano Serravalle, l'AGCM aveva sanzionato Sintexcal in solido con la società controllante General Beton Triveneta S.p.A., nonché Itinera S.p.A. e Bacchi S.r.l. per aver posto in atto un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE, consistente in un'intesa orizzontale segreta di ripartizione del mercato avente ad oggetto il condizionamento della Gara Servizi n. 1/2019;
- che l'AGCM aveva fondato l'accertamento dell'intesa restrittiva su molteplici risultanze istruttorie assunte all'esito di un complesso e articolato procedimento condotto grazie ai poteri di indagine e ispezione attribuiti dalla legge antitrust;



- che dall'istruttoria dell'AGCM erano in particolare emersi: i) scambi di informazioni su elementi e dati sensibili, incontri e cambi radicali di strategia non spiegabili altrimenti se non con l'esistenza di un'intesa tra i tre partecipanti alla gara (Sintexcal, Itinera e Bacchi) nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del bando e la scadenza del termine di presentazione delle offerte; ii) la sussistenza di subappalti reciproci tra le tre offerenti secondo uno schema volto a consentire la conoscenza della strategia commerciale alle altre partecipanti; iii) ribassi economici significativamente inferiori rispetto ai ribassi riscontrati in gare analoghe; iv) la somiglianza delle offerte tecniche formulate dalle tre offerenti;
- che l'art. 80, comma 5, lett. c), riconosceva alla stazione appaltante il potere-dovere di escludere dalla partecipazione alla procedura di appalto un operatore economico 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"; mentre la successiva lett. c-bis) prevedeva l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che "abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante [...] oppure abbia fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni di esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero abbia ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione";
- che le condotte contemplate dall'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), rientrano nella previsione degli articoli 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro;
- che la giurisprudenza amministrativa riferita all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), del D.lgs. 50/2016 rimetteva alla stazione appaltante la verifica in concreto delle fattispecie riconducibili alla figura dei "gravi illeciti professionali";
- che alla luce delle circostanze e degli elementi di fatto emersi nel corso dell'istruttoria dell'AGCM, Milano Serravalle aveva, quindi, ritenuto di procedere alla verifica della eventuale sussistenza delle cause di



esclusione previste dall'art. 80 del D.lgs. 50/2016 e richiamate dall'accordo quadro come cause di risoluzione dell'accordo;

- che i fatti e le circostanze emerse dall'istruttoria dell'AGCM, riguardando la Gara Servizi n. 1/2019, concretizzavano una causa di esclusione dalla Gara Lavori n. 4/2021 e assumevano rilevanza ai fini della regolarità di quest'ultima procedura di affidamento;
- che le giustificazioni e i chiarimenti resi da Sintexcal nel contraddittorio con la stazione appaltante non consentivano di legittimare la condotta del contraente;
- che il quadro istruttorio emerso nel procedimento davanti all'AGCM era stato fatto oggetto di una valutazione autonoma e indipendente della stazione appaltante, la quale aveva potuto confermare l'esistenza un comportamento collusivo tra Sintexcal, Itinera e Bacchi;
- che non rilevava, al fine di impedire la risoluzione contrattuale, la corretta esecuzione da parte di Sintexcal del contratto di appalto aggiudicato con la Gara Servizi n. 1/2019, né l'impugnazione da parte di Sintexcal del provvedimento dell'AGCM davanti al giudice amministrativo in quanto i) le valutazioni circa l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico erano state svolte autonomamente dalla stazione appaltante sulla base delle risultanze di fatto emerse dall'istruttoria dell'AGCM e pertanto prescindevano dalle valutazioni fatte dall'Autorità nel suo provvedimento; ii) la giurisprudenza amministrativa riconosce che, anche in pendenza di giudizio dinanzi agli organi giurisdizionali la stazione appaltante abbia il potere-dovere di apprezzare i fatti oggetto del provvedimento dell'AGCM che non sia stato sospeso in via cautelare e sia esecutivo e produttivo di effetti, anche se non sia divenuto definitivo; iv) anche l'art. 98 del nuovo codice degli appalti (D.lgs. 36/2023) autorizza le stazioni appaltanti a ritenere integrato un grave illecito professionale quando sia stata irrogata *“sanzione esecutiva ... dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”*;

Alla data della risoluzione dell'accordo quadro – come correttamente indicato da Milano Serravalle nella dichiarazione di recesso – il



provvedimento sanzionatorio AGCM era, quindi, pienamente efficace ed esecutivo (ex art. 21-quater l. 241/90), essendo stato annullato dal giudice amministrativo solo successivamente allo scioglimento del contratto con la sentenza n. 14838 pubblicata il 9 ottobre 2023.

A fronte delle contestazioni mosse da Milano Serravalle con la comunicazione del 6 luglio 2023 non colgono nel segno le difese avanzate in questo giudizio da Sintexcal.

La parte attrice sostiene essenzialmente che *“la causa di esclusione dell’articolo 80, comma 5, lettera c) ricorre solo se il provvedimento dell’AGCM è definitivo in quanto è stato accertato con sentenza passata in giudicato”*.

Senonché come stabilito dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea con ordinanza del 29 novembre 2019 nella causa C-552/18, l’articolo 57, par. 4, lettera c), della direttiva 2014/24/UE, trasposto nell’ordinamento nazionale dall’art. 80, comma 5, lett. c), *“osta ad una normativa nazionale in virtù della quale la presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione [...] adottata da un’amministrazione aggiudicatrice in ragione di un «grave illecito professionale» [...] impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indica una nuova gara d’appalto di escludere un operatore, nella fase della selezione degli offerenti, sulla base di una valutazione dell’affidabilità dell’operatore stesso»*.

Nella stessa ordinanza si rammenta che ai sensi dell’art. 57, par. 4, della direttiva il legislatore dell’Unione europea *“ha inteso affidare all’amministrazione aggiudicatrice, e ad essa sola, e non ad un giudice nazionale, il compito di valutare, nella fase della selezione degli offerenti, se un candidato o un’offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto”* (così anche CGUE, sentenza del 19 giugno 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punti 28 e 34).

Dalla giurisprudenza europea emerge dunque chiaramente che la previsione dell’art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE ha rimesso alla stazione appaltante un’autonoma valutazione di affidabilità dei partecipanti alla gara e che l’esercizio di tale potere di valutazione non può essere precluso dal ricorso giurisdizionale con il quale un offerente contesta il presupposto dell’esclusione.



Che sia così e non sia richiesto pertanto alla stazione appaltante di attendere un accertamento giurisdizionale con valore di giudicato dell'illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. 50/2016 emerge peraltro altrettanto chiaramente, a livello normativo, dal raffronto tra quest'ultima disposizione, che impone alla stazione appaltante di escludere un'impresa quando sia in grado di dimostrare l'illecito *“con mezzi adeguati”* e il tenore dell'art. 80, comma 1, dove si prescrive l'esclusione dalla gara allorché sia intervenuta *“condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale”* per i delitti ivi indicati.

Alla medesima conclusione conduce un raffronto dell'art. 80, comma 5, lett. c), con l'art. 7 del D.lgs. 3/2017, il quale stabilisce che, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno antitrust, *“si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato [...] non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato”*.

Al contrario di quanto sostenuto dalla società attrice risulta, dunque, piuttosto evidente dal sistema della legge che altro è richiedere per la prova di un illecito, qual è quello indicato dall'art. 80, comma 5, lett. c), che sia fornita dimostrazione *“con mezzi adeguati”*, dunque anche atipici, purché appunto idonei allo scopo – come avviene del resto ordinariamente nel processo civile (artt. 115 e 116 c.p.c. e 2729 c.c.) –, altro è richiedere ai fini della prova dell'illecito un atto inoppugnabile o confermato da una sentenza con forza di giudicato.

Per gli stessi motivi non possono essere condivise la difesa dell'attrice secondo cui *“l'accertamento della sussistenza della intesa restrittiva della concorrenza spetta in via esclusiva all'AGCM”* e l'affermazione che *“Serravalle non può sostituirsi all'AGCM e, sulla base dei documenti acquisiti nelle attività ispettive svolte dalla stessa Autorità ed estratti dal fascicolo AGCM, pervenire alla conclusione che vi sia stata una intesa restrittiva della concorrenza nella gara servizi 1/2019”*; né l'affermazione



secondo cui “*l’unico giudice che può accertare l’asserita intesa restrittiva della concorrenza nella gara servizi 1/2019, è il Giudice amministrativo*”, giacché il giudice amministrativo “*ha giurisdizione esclusiva ex articolo 133, comma 1, lettera l) D.Lgs.104/2010 su tutti i provvedimenti dell’AGCM*” (cfr. p. 3 ss. della comparsa conclusionale).

Se non v’è dubbio, infatti, che l’adozione dei provvedimenti repressivi e conformativi previsti per le violazioni del diritto antitrust dalla l. 287/90, ossia il c.d. *public enforcement*, rientra nella competenza istituzionale dell’AGCM e che per l’annullamento dei provvedimenti amministrativi dell’AGCM è ammesso ricorso davanti al giudice amministrativo (art. 33, comma 1, l. 287/90), è altresì certo che gli artt. 101 e 102 TFUE “*producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi ultimi diritti che i giudizi nazionali devono tutelare*” (CGUE, sentenza 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*).

Ne deriva che le azioni civili (c.d. *private enforcement*) fondate sulla violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, al pari di quelle fondate sugli artt. 2 e 3 della l. 287/90, vertendo su fatti illeciti lesivi di diritti individuali (art. 2043 c.c.), rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario il quale è senz’altro competente ad accertare in via autonoma gli *antitrust infringements*, indipendentemente dall’attività e dalle valutazioni dell’AGCM (art. 33 l. 287/90 e direttiva 2014/104/UE), essendo solo previsto dal legislatore, al fine di realizzare il coordinamento tra l’attività amministrativa e quella giurisdizionale, che l’accertamento dell’illecito operato dall’AGCM con decisione divenuta inoppugnabile sia vincolante per giudice ordinario, nel senso che esso deve considerarsi come “*definitivamente accertat[o]*” per quanto riguarda “*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*” (art. 7 del D.lgs. 3/2017).

Dalla disciplina con cui si stabilisce che i provvedimenti dell’AGCM divenuti inoppugnabili costituiscono prova legale nei giudizi civili di risarcimento del danno, può peraltro desumersi *a contrario* che le decisioni non ancora definitive dell’AGCM invocate dalle parti del processo, pur non potendo essere considerate come prove legali, devono essere valutate dal



giudice, al pari di ogni altra prova, “secondo il suo prudente apprezzamento” (ex art. 116 c.p.c.). Conclusione, questa, conforme all’orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità allorché, per un verso, afferma che la prova formata nel procedimento penale, ancorché non assunta secondo le regole del contraddittorio, è ammissibile quale prova atipica nel processo civile, dove il contraddittorio è assicurato attraverso le modalità tipizzate per l’introduzione dei mezzi istruttori atipici nel giudizio, volte ad assicurare la discussione delle parti sulla loro efficacia dimostrativa in ordine al fatto da provare (Cass. 9957/2025 e Cass. 5947/2023); e, dall’altro, che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione con la formula “perché il fatto non costituisce reato” non ha efficacia vincolante nel giudizio civile di danno, nel quale compete al giudice civile, nell’esercizio del potere discrezionale di libero apprezzamento, procedere ad autonoma valutazione delle prove assunte e degli atti contenuti nel giudizio penale, ove ritualmente introdotti dalle parti, quali prove precostituite atipiche, senza che si determini una violazione del principio dispositivo, né in senso sostanziale, restando devoluta alle parti la disponibilità dell’oggetto del processo, né in senso formale, rimanendo ad esse riservata la disponibilità delle prove (ex multis, di recente, Cass. 15296/2024 e Cass. 34621/2023).

Dal che discende, per un verso, la correttezza delle linee guida ANAC 6/2017, relative alla causa di esclusione di cui all’articolo 80, comma 5, lettera c) D.Lgs. 50/2016, che al paragrafo 2.2.3.1. considerano come mezzi di prova idonei a legittimare l’esclusione, in base ad un autonomo apprezzamento della stazione appaltante, «i provvedimenti esecutivi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust” (doc. 16 parte attrice); e dall’altro, la natura meramente interpretativa dell’art. 98, comma 6, del D.lgs. 36/2023 che oggi espressamente qualifica come “mezzi di prova adeguati” ai fini dell’esclusione dalla gara i provvedimenti sanzionatori “esecutivi” dell’AGCM.

Ora, posto che in generale i provvedimenti amministrativi, ivi inclusi i provvedimenti sanzionatori dell’AGCM, sono “immediatamente” esecutivi, ai sensi dell’art. 21-quater della l. 241/90, “salvo che sia



diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo”, e che nel caso in esame la dichiarazione di recesso di Milano Serravalle del 6 luglio 2023, ha assunto come base un provvedimento dell’AGCM che, come si dirà, forniva un compendio probatorio senz’altro adeguato allo scopo di dimostrare la violazione dell’art. 101 TFUE, si tratta di esaminare la questione se, una volta intervenuto l’annullamento di quel provvedimento, la valutazione di legittimità del recesso sia destinata a mutare *ex post*.

Sostiene in proposito la società attrice che Milano Serravalle “*fonda la risoluzione del contratto sull’asserita esistenza dell’illecito concorrenziale posto in essere da Sintexcal spa (e dalle altre imprese Itinera spa e Bacchi srl)*” e che, tuttavia, “*a seguito all’annullamento da parte del TAR Lazio-Roma del provvedimento dell’AGCM (doc. n. 28) non esiste alcun illecito concorrenziale in quanto il provvedimento che lo avrebbe accertato è stato eliminato dall’ordinamento giuridico*”, essendo inoltre “*irrilevante la ragione che ha portato il giudice amministrativo ad annullare il provvedimento dell’AGCM*”, poiché “*ciò che rileva è solo il fatto che il provvedimento annullato non ha alcuna validità giuridica*” (p. 3 della memoria n. 1 di parte attrice del 28 marzo 2024).

Anche sotto tale profilo le difese dell’attrice non sono persuasive.

Va in primo luogo premesso che Sintexcal non ha specificamente contestato nel corso del presente giudizio i fatti materiali che Milano Serravalle aveva assunto a fondamento della risoluzione contrattuale, traendoli dal contenuto del provvedimento sanzionatorio dell’AGCM del 13 dicembre 2022.

Deve in secondo luogo ribadirsi che l’illecito concorrenziale, come ogni altra forma di illecito, può essere provato nel processo civile con qualunque mezzo di prova, anche atipico, e, dunque, anche attingendo alle risultanze istruttorie di un procedimento amministrativo, indipendentemente dalle sorti del relativo provvedimento, dato che l’annullamento dell’atto amministrativo ad opera del G.A. comporta la caducazione degli effetti giuridici (nel caso di specie sanzionatori) del provvedimento e della sua rilevanza sotto il profilo pubblicistico, ma non determina, com’è ovvio, l’inesistenza del fatto materiale nella sua storicità, né preclude la sua



qualificazione alla stregua di un illecito rilevante nei rapporti interindividuali, ad opera del G.O.

Ciò detto, osserva il Tribunale che la convenuta ha contestato a Sintexcal l'esistenza di un accordo spartitorio della Gara Servizi n. 1/2019 tra la medesima Sintexcal e le altre due offerenti Itinera S.p.A. e Bacchi s.r.l..

La collusione tra le tre imprese partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019 è stata contestata da Milano Serravalle assumendo la rilevanza indiziaria **(i)** della partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019 di sole tre imprese ciascuna delle quali aveva presentato un'offerta per uno solo dei tre lotti messi a gara (A, B e C) e ciascuna per un lotto differente; **(ii)** dei numerosi contatti tra le tre aggiudicatarie, il cui scopo era quello delineare una strategia comune di partecipazione alla procedura, **(iii)** degli scambi di corrispondenza interna, da cui si evince l'intenzione di condividere informazioni sensibili e di partecipare – almeno inizialmente, da parte di alcune concorrenti – a tutti e tre i lotti, **(iv)** delle email e dai messaggi che delineano una consuetudine di scambio di informazioni; **(v)** della reciproca designazione nelle offerte di ciascuna delle tre partecipanti, quali subappaltatori, delle altre due offerenti.

Dal provvedimento dell'AGCM del 13 dicembre 2022 (doc. 9 parte attrice) risulta in particolare al riguardo:

- che nel territorio interessato dalla Gara Servizi n. 1/2019 oggetto dell'istruttoria (regioni Lombardia e Piemonte), e più in generale nel nord-Italia, le principali imprese concorrenti sono individuabili in Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi cui si affiancano diverse imprese di minori dimensioni: in particolare, Itinera è il principale operatore del settore della manutenzione delle pavimentazioni autostradali, a livello sia nazionale sia del nord-Italia, con un'area di attività estesa ai territori delle regioni Piemonte, Lombardia, Liguria ed Emilia-Romagna; Sintexcal si colloca tra i primi cinque operatori a livello nazionale e tra i primi tre nella regione Lombardia, con un'area di operatività che interessa il territorio delle regioni Piemonte, Lombardia, Emilia-Romagna, Marche e Lazio; Impresa Bacchi opera principalmente in Piemonte, Lombardia ed Emilia-Romagna;



- che Sintexcal aveva indicato nella propria offerta come sub-appaltatori Itinera e Impresa Bacchi; Itinera aveva a sua volta indicato nell'offerta come suoi sub-appaltatori Sintexcal e Impresa Bacchi; e Impresa Bacchi aveva indicato nell'offerta come sub-appaltatori Itinera e Sintexcal;
- che le tre offerenti hanno presentato la rispettive offerte ciascuna in riferimento ad un unico e differente lotto nonostante avessero la possibilità - sotto il profilo tecnico logistico e economico - di svolgere le attività di manutenzione delle pavimentazioni autostradali, e di presentare offerte in concorrenza su più lotti a gara;
- che la decisione di dichiarare subappalti reciproci tra le imprese Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ha consentito alle tre imprese di avere una trasparenza *ex ante* con riguardo alle condotte che le medesime tre imprese intendevano tenere nella partecipazione ai tre lotti a gara e, di fatto, ha assicurato che non vi sarebbero state offerte in concorrenza tra le tre partecipanti in nessuno dei lotti;
- che esistevano valide e numerose imprese terze alternative a Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi ai fini delle dichiarazioni di subappalto;
- che nessuna delle tre imprese aggiudicatariе - Impresa Bacchi, Itinera e Sintexcal - ha poi, in concreto, attivato e fatto ricorso ai servizi in subappalto delle altre due imprese;
- che i ribassi economici offerti dalle tre imprese sono risultati significativamente inferiori rispetto ai ribassi relativi alle offerte aggiudicate nelle precedenti e analoghe procedure di gara indette da Milano Serravalle nel 2016 e nel 2013, collocandosi peraltro in un *range* contenuto;
- che le offerte tecniche relative alla sostituzione del conglomerato presentate dalle tre imprese sono risultate identiche per due delle tre imprese o comunque di entità analoga sui tre lotti;
- che, in riferimento al requisito tecnico della disponibilità di un doppio impianto per la produzione di conglomerato bituminoso, le tre imprese partecipanti hanno indicato, in due casi su tre, di utilizzare oltre ai



propri impianti anche uno o più impianti delle altre due imprese partecipanti alla procedura;

- la presenza di numerosi incontri e contatti tra le tre imprese - Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi - nel periodo rilevante per la definizione delle strategie di partecipazione alla gara, intercorrente tra la pubblicazione del bando di gara e la scadenza del termine per presentare le offerte;
- la modifica da parte di Itinera, in tale periodo, della propria strategia iniziale di partecipazione alla gara, che prevedeva la presentazione di una offerta per tutti e tre i lotti a gara, piuttosto che per uno solo dei lotti a gara (come poi avvenuto);
- la collaborazione tra le imprese ai fini della verifica con la stazione appaltante dei requisiti di partecipazione alla gara (prima della presentazione delle offerte);
- la concertazione delle condotte da osservare nei confronti della stazione appaltante anche successivamente alla presentazione delle offerte (con riguardo alle giustificazioni di non anomalia delle offerte e ai costi della sicurezza).

Come emerge dal provvedimento dell'AGCM, un elemento di anomalia della Gara Servizi n. 1/2019 è rappresentato dalla scelta di tutte e tre le (uniche) partecipanti alla gara (Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi) di presentare ciascuna un'offerta per un unico e differente lotto, nonostante la possibilità per ognuna delle imprese - e la loro capacità sotto il profilo tecnico logistico e economico - di presentare offerte in concorrenza sui tre lotti messi a gara dalla stazione appaltante, in modo da massimizzare le *chance* di aggiudicazione.

All'anomalo parallelismo della strategia di partecipazione alla gara adottata dai tre partecipanti, si aggiunge la reciproca disponibilità di ciascuno di essi ad assumere il ruolo di subappaltatori degli altri due. Tale disponibilità ha comportato, infatti, che ciascuna impresa offerente fosse informata *i)* della intenzione delle altre due partecipanti alla gara di non concorrere per i lotti ai quali essa era interessata; *ii)* della condotta delle altre imprese con riguardo a tutti e tre i lotti a gara, determinando sia la trasparenza reciproca



delle condotte delle tre imprese in sede di gara sia l'assenza di concorrenza tra le medesime.

Dalle evidenze ispettive emerse nell'istruttoria dell'AGCM (pp. 20-30) risulta inoltre che tra la data di pubblicazione del bando di gara (11/02/2019) e la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (22/03/2019), vi sono stati numerosi (n. 26) incontri tra le tre imprese partecipanti alla gara, desumibili: i) dagli appunti presenti nelle agende di figure di vertice delle imprese; ii) dai registri degli ingressi presso le sedi delle offerenti.

Infine, i ribassi economici offerti dalle tre società partecipanti alla gara sono risultati significativamente inferiori rispetto ai ribassi relativi alle offerte aggiudicate nelle precedenti e analoghe procedure di gara indette da Milano Serravalle nel 2016 e nel 2013.

Ebbene, ritiene il Tribunale che tali elementi indiziari, assunti dalla convenuta come fatti decisivi per disporre la risoluzione dell'accordo quadro e non contraddetti sul piano assertivo dalla parte attrice nel corso del giudizio, siano idonei nel loro complesso, in quanto gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.), a suffragare la conclusione che Sintexcal e le altre due offerenti, in occasione della Gara Servizi n. 1/2019, abbiano violato l'obbligo gravante su ogni operatore economico in un sistema economico concorrenziale di determinare autonomamente la condotta che egli intende seguire sul mercato (CGUE, sentenza 16 dicembre 1975, *Suiker Unie*, §173); obbligo imposto dall'articolo 101 TFUE, il quale, appunto, vieta qualsiasi forma di cooperazione e di collusione tra imprese che abbia per oggetto o per effetto di restringere o falsare il gioco competitivo (v. CGUE, sentenza 11 settembre 2014, C-382/12, *Mastercard*, e giurisprudenza ivi citata).

E, infatti, se per aversi un accordo o una pratica concordata con "oggetto" anticoncorrenziale, è sufficiente che la pratica collusiva sia idonea a produrre effetti dannosi per la concorrenza, tenuto conto del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce, senza che occorra la prova che un tale effetto si sia prodotto in concreto (CGUE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV*), è decisivo sottolineare che, come ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione



europea, “per quanto riguarda lo scambio di informazioni tra concorrenti, [...] i criteri del coordinamento e della collaborazione, costitutivi di una pratica concordata, vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune. Se è vero che la suddetta esigenza di autonomia non esclude il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei loro concorrenti, nondimeno essa vieta rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti, diretti o indiretti, in grado di influenzare il comportamento sul mercato di un concorrente attuale o potenziale, oppure di rivelare a tale concorrente il comportamento che si intende tenere, o che si prevede di tenere, sul mercato, qualora tali contatti abbiano lo scopo, o producano l’effetto, di realizzare condizioni di concorrenza diverse da quelle normali nel mercato in questione, tenuto conto della natura dei prodotti o delle prestazioni fornite, dell’importanza e del numero delle imprese e del volume di detto mercato (CGUE, sentenza *Suiker Unie* cit. punto 174). Inoltre, la Corte di Giustizia ha dichiarato che, in un mercato oligopolistico fortemente concentrato lo scambio di informazioni può consentire alle imprese di conoscere le rispettive posizioni sul mercato, nonché la strategia commerciale dei loro concorrenti e, di conseguenza, può alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici. Ne consegue che lo scambio di informazioni tra concorrenti può risultare contrario alle regole della concorrenza qualora “riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese” (CGUE, sentenza 28 maggio 1998, causa C-7/95 P, *John Deere Limited*, punto 88).

La facilità di coordinamento resa possibile dal numero ristretto di imprese presenti sul mercato rilevante; la presentazione di offerte con tratti di forte analogia, limitate ad un singolo lotto sui tre messi a gara dalla stazione appaltante; le designazioni incrociate delle tre concorrenti come subappaltatori; gli scambi di email e i numerosi (26) incontri registrati tra le tre offerenti nel periodo di presentazione delle offerte (11 febbraio-22 marzo 2019), sono tutti indizi convergenti in grado di fondare nel caso in



esame la prova presuntiva di un coordinamento esplicito tra le imprese partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019 che ha determinato l'eliminazione o comunque la riduzione dell'incertezza in merito al funzionamento del mercato rilevante, e in questo caso in merito all'andamento della gara per l'affidamento di un appalto pubblico, senza che la società attrice abbia fornito una plausibile e valida spiegazione alternativa a quella della concertazione tra le imprese.

Nessun rilievo può avere, in questo quadro, l'annullamento del provvedimento repressivo dell'AGCM, pronunciato dal TAR Lazio con la sentenza del 9 ottobre 2023, n. 14838, sulla base di un vizio procedimentale (la durata irragionevolmente protratta dell'attività preistruttoria) che, pur impedendo la produzione degli effetti sanzionatori dell'atto amministrativo, non scalfisce in alcun modo la portata materiale dei fatti acquisiti nel corso dell'istruttoria, a maggior ragione in pendenza dell'appello davanti al Consiglio di Stato.

E', altresì, infondata la doglianza di Sintexcal secondo cui Milano Serravalle, in occasione della risoluzione dell'accordo quadro, avrebbe agito in modo contrario al principio di buona fede.

Sostiene Sintexcal che, avendo dato impulso all'istruttoria dell'AGCM con la sua segnalazione del 16 maggio 2019 relativa ad alcune anomalie della Gara Servizi n. 1/2019 (doc 19 parte attrice), Serravalle era già a conoscenza, prima dell'aggiudicazione della Gara Lavori n. 4/2021, degli indizi, successivamente riscontrati nel provvedimento dell'AGCM, dell'asserita intesa restrittiva della concorrenza tra Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi, e che anziché disporre l'esclusione, Serravalle aveva preferito aggiudicare l'appalto e poi non dare esecuzione al contratto e dichiarare la risoluzione del medesimo.

Senonché le anomalie originariamente segnalate da Milano Serravalle all'AGCM (scarsa partecipazione alla Gara Servizi n. 1/2019, offerte dei singoli partecipanti limitate ad un solo lotto e designazioni incrociate dei subappaltatori) sono state ampiamente approfondite dall'AGCM nel loro contesto giuridico-economico (struttura e composizione del mercato rilevante, concorrenza potenziale, ecc.) e, come si è visto, sono state riscontrate, anche mediante l'esercizio della potestà ispettiva, con



l'acquisizione di numerose evidenze ulteriori (scambi di email, incontri tra esponenti aziendali, ecc.), sicché l'attesa da parte della convenuta degli svolgimenti dell'istruttoria antitrust, lungi dall'integrare una violazione della regola di buona fede, costituisce semplicemente l'espressione di una doverosa cautela, tra l'altro, suggerita dagli orientamenti dell'ANAC con cui si raccomandava alle stazioni appaltanti *“di valutare ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente 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”* (doc. 16 di parte attrice).

La legittimità del recesso esercitato da Milano Serravalle con la nota del 6 luglio 2023 (prot. n.23/14337) in cui si contesta l'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti di un'attività collusiva illecita tra le imprese (Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi) partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019 in violazione dell'art. 101 TFUE comporta il rigetto delle domande risarcitorie avanzate dall'attrice.

E', infine, manifestamente infondata la domanda subordinata con la quale Sintexcal ha chiesto di condannare la convenuta al pagamento dell'indennizzo dovuto ai sensi dell'art. 20 dell'accordo quadro e dell'art. 109 D.Lgs. 50/2016 per il caso di recesso unilaterale dal contratto.

L'art. 20 dell'accordo quadro, infatti, riconosce alla stazione appaltante la facoltà di recedere *“in qualsiasi momento”* dal contratto con obbligo di pagare all'appaltatore le prestazioni e i lavori già eseguiti fino alla data di efficacia del recesso, oltre al decimo dell'importo dei lavori e delle prestazioni non ancora eseguiti, come stabilito dall'art. 109 D.Lgs. 50/2016, espressamente richiamato dalla clausola contrattuale.

Senonché la disciplina dettata dalla legislazione di settore per il recesso dai contratti pubblici e l'art. 20 dell'accordo quadro concluso tra Milano Serravalle e Sintexcal riproducono, specificandola, la disciplina generale del recesso dal contratto d'appalto contemplata dall'art. 1671 cod. civ., il quale – secondo la costante giurisprudenza di legittimità – attribuisce al committente un diritto potestativo esercitabile *ad nutum* in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione induca il committente a porre fine al



rapporto, senza necessità che ricorra una giusta causa; ed è solo il recesso *ad nutum* che giustifica in sé il riconoscimento a favore dell'appaltatore dell'indennizzo previsto dalla legge, evidentemente non spettante nel caso in cui il committente abbia esercitato il recesso per giusta causa (cfr. Cass. 5019/2024 ove altri richiami di giurisprudenza).

Nel caso in esame è del tutto evidente che la risoluzione intimata da Milano Serravalle non può ricondursi alla fattispecie del recesso *ad nutum* poiché la stazione appaltante ha fondato lo scioglimento del contratto (non sulla previsione dell'art. 20 ma) invocando gli artt. 5.8 e 19.2 dell'accordo quadro, che prevedono la risoluzione per il caso di accertamento di uno degli illeciti previsti dall'art. 80 D.Lgs. 50/2016, e in particolare ha fondato il recesso sulla illecita concertazione tra le imprese partecipanti alla Gara Servizi n. 1/2019 in violazione dell'art. 101 TFUE, ossia su una giusta causa di risoluzione del rapporto negoziale.

*

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo in base al valore della controversia, determinato alla stregua del *petitum* risarcitorio, e tenendo conto della complessità della causa, sono poste a carico della parte attrice quale parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, XIV Sezione civile Specializzata in materia d'impresa - A, definitivamente pronunciando nella causa tra le parti indicate in epigrafe, ogni altra istanza ed eccezione disattesa e/o assorbita:

- rigetta le domande proposte dall'attrice SINTEXCAL S.P.A. nei confronti della convenuta MILANO SERRAVALLE - MILANO TANGENZIALI S.P.A.;

- condanna l'attrice SINTEXCAL S.P.A. al pagamento in favore della convenuta MILANO SERRAVALLE - MILANO TANGENZIALI S.P.A. delle spese processuali che liquida in €30.000 per compensi, oltre spese generali al 15%, I.V.A. (se dovuta) e C.P.A..

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 16 aprile 2026.

Il Giudice estensore
dott. Edmondo Tota

La Presidente
dott.ssa Silvia Gianì



