

Pubblicato il 25/11/2024

N. 21017/2024 REG.PROV.COLL.
N. 09222/2024 REG.RIC.
N. 09225/2024 REG.RIC.
N. 09227/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9222 del 2024, proposto da -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'Avvocato Elena Alberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip Spa e Ministero della Giustizia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

-OMISSIS- S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Marco -OMISSIS-i, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 9225 del 2024, proposto da -
OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'Avvocato
Elena Alberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip Spa e Ministero della Giustizia, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Istituto di -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l., non costituito in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 9227 del 2024, proposto da -
OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
in relazione alla procedura -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'Avvocato
Elena Alberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip Spa e Ministero della Giustizia, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

-OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Mario Zoccali, Maria
Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

PER QUEL CHE CONCERNE IL RICORSO N. 9222 DEL 2024:

- del provvedimento prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A.,

con riferimento alla “*Gara a procedura aperta suddivisa in n. 34 lotti ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'appalto di servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia - -OMISSIS-*”, ha disposto l'esclusione della ricorrente ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. a) e c), D.Lgs. n. 50/16, con riferimento al Lotto - OMISSIS- (-OMISSIS-);

- della nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento alla gara in questione, ha provveduto alla escussione della garanzia provvisoria presentata dalla ricorrente con riferimento al Lotto -OMISSIS- (-OMISSIS-);

- ove lesive e per quanto di interesse, della nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento al Lotto -OMISSIS- (-OMISSIS-), ha avviato un procedimento amministrativo volto a valutare, rispetto alla ricorrente, alcune fattispecie potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) e c), del D. Lgs. n. 50/2016 e delle successivamente note prot. -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS- con le quali tale procedimento è stato prorogato;

- ove lesiva e per quanto di interesse della ricorrente, della nota prot. - OMISSIS- adottata da Consip S.p.A. il 24 ottobre 2023;

- ove lesivo e per quanto di interesse, con riferimento al Lotto -OMISSIS- (-OMISSIS-), dell'articolo 6 del disciplinare di gara ove possa essere interpretato nel senso di giustificare la esclusione della ricorrente dalla gara de qua;

- del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico e d'oneri e dei relativi allegati, dei chiarimenti resi in relazione ai quesiti posti nella fase antecedente alla presentazione delle domande di partecipazione, ivi compresi i relativi allegati, in tutte le parti in cui possano essere interpretati nel senso di

giustificare la esclusione della ricorrente dal Lotto -OMISSIS- (-OMISSIS-) della gara de qua;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto dalla ricorrente, ove lesivo, con riserva di presentare motivi aggiunti;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto (di estremi e data sconosciuti alla ricorrente) eventualmente medio tempore stipulato con riferimento al Lotto -OMISSIS- (-OMISSIS-), in relazione al quale la ricorrente formula espressamente richiesta di declaratoria della sua inefficacia e domanda di subentro ai sensi degli articoli 122 e 124 C.p.a.;

- e per la condanna di Consip S.p.A. alla tutela in forma specifica mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente con riferimento al Lotto -OMISSIS- (-OMISSIS-); in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla ricorrente (con espressa riserva di quantificarli in corso di causa) o alla corresponsione dell'indennizzo *ex* articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241;

PER QUEL CHE CONCERNE IL RICORSO N. 9225 DEL 2024:

- del provvedimento prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento alla *“Gara a procedura aperta suddivisa in n. 34 lotti ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'appalto di servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia - -OMISSIS-”*, ha disposto l'esclusione della ricorrente ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. a) e c), D.Lgs. n. 50/16, con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-);

- della nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento alla gara in questione, ha provveduto alla escussione della garanzia provvisoria presentata dalla ricorrente con riferimento al -OMISSIS- (-

OMISSIS-);

- ove lesive e per quanto di interesse, della nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-), ha avviato un procedimento amministrativo volto a valutare, rispetto alla ricorrente, alcune fattispecie potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) e c), del D. Lgs. n. 50/2016 e delle successivamente note prot. -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS- con le quali tale procedimento è stato prorogato;

- ove lesiva e per quanto di interesse della ricorrente, della nota prot. -OMISSIS- adottata da Consip S.p.A. il 24 ottobre 2023;

- ove lesivo e per quanto di interesse, con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-), dell'articolo 6 del disciplinare di gara ove possa essere interpretato nel senso di giustificare la esclusione della ricorrente dalla gara *de qua*;

- del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico e d'oneri e dei relativi allegati, dei chiarimenti resi in relazione ai quesiti posti nella fase antecedente alla presentazione delle domande di partecipazione, ivi compresi i relativi allegati, in tutte le parti in cui possano essere interpretati nel senso di giustificare la esclusione della ricorrente dal -OMISSIS- (-OMISSIS-) della gara *de qua*;

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto dalla ricorrente, ove lesivo, con riserva di presentare motivi aggiunti;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto (di estremi e data sconosciuti alla ricorrente) eventualmente *medio tempore* stipulato con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-), in relazione al quale la ricorrente

formula espressamente richiesta di declaratoria della sua inefficacia e domanda di subentro ai sensi degli articoli 122 e 124 C.p.a.;

- e per la condanna di Consip S.p.A. alla tutela in forma specifica mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-); in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla ricorrente (con espressa riserva di quantificarli in corso di causa) o alla corresponsione dell'indennizzo ex articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

PER QUEL CHE CONCERNE IL RICORSO N. 9227 DEL 2024:

- del provvedimento prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento alla "*Gara a procedura aperta suddivisa in n. 34 lotti ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'appalto di servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia - -OMISSIS-*", ha disposto l'esclusione della ricorrente ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. a) e c), D.Lgs. n. 50/16, con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-);

- della nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento alla gara in questione, ha provveduto alla escussione della garanzia provvisoria presentata dalla ricorrente con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-);

- ove lesive e per quanto di interesse, della nota prot. -OMISSIS- del -OMISSIS-, con cui Consip S.p.A., con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-), ha avviato un procedimento amministrativo volto a valutare, rispetto alla ricorrente, alcune fattispecie potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) e c), del D. Lgs. n. 50/2016 e delle successivamente note prot. -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS- con le quali tale procedimento è stato

prorogato;

- ove lesiva e per quanto di interesse della ricorrente, della nota prot. - OMISSIS- adottata da Consip S.p.A. il 24 ottobre 2023;
- ove lesivo e per quanto di interesse, con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-), dell'articolo 6 del disciplinare di gara ove possa essere interpretato nel senso di giustificare la esclusione della ricorrente dalla gara de qua;
- del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico e d'oneri e dei relativi allegati, dei chiarimenti resi in relazione ai quesiti posti nella fase antecedente alla presentazione delle domande di partecipazione, ivi compresi i relativi allegati, in tutte le parti in cui possano essere interpretati nel senso di giustificare la esclusione della ricorrente dal -OMISSIS- (-OMISSIS-) della gara de qua;
- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto dalla ricorrente, ove lesivo, con riserva di presentare motivi aggiunti;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto (di estremi e data sconosciuti alla ricorrente) eventualmente medio tempore stipulato con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-), in relazione al quale la ricorrente formula espressamente richiesta di declaratoria della sua inefficacia e domanda di subentro ai sensi degli articoli 122 e 124 C.p.a.;
- e per la condanna di Consip S.p.A. alla tutela in forma specifica mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente con riferimento al -OMISSIS- (-OMISSIS-); in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla ricorrente (con espressa riserva di quantificarli in corso di causa) o alla corresponsione dell'indennizzo ex articolo 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale di -OMISSIS- S.p.a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A. e delle società controinteressate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2024 il dott. Michele Tecchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Viene all'attenzione del Collegio la gara indetta da Consip S.p.A. (nel prosieguo anche "Consip") con bando pubblicato in data 9 gennaio 2020 per l'affidamento dell'*"appalto di servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia - -OMISSIS-"*, bando soggetto all'applicazione del previgente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016).

2. Entro la scadenza del termine di partecipazione fissato al 4 agosto 2020, la ricorrente ha presentato offerte per i Lotti -OMISSIS- (del valore di euro 7.818.481,94) 27 (del valore di euro 4.967.885,52) 28 (del valore di euro 3.146.296,61) e 29 (del valore di euro 13.783.156,45). Anche altre società del gruppo a cui appartiene l'odierna ricorrente (tra cui -OMISSIS- S.p.A.) hanno ugualmente partecipato alla suddetta gara, sebbene per lotti diversi rispetto a quelli per i quali ha concorso la ricorrente.

3. In data 8 giugno 2023, Consip ha disposto l'aggiudicazione definitiva non efficace in favore dell'odierna ricorrente -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l. (nel prosieguo anche "-OMISSIS- -OMISSIS-") per i lotti nn. -OMISSIS-, -OMISSIS-.

4. Successivamente, con nota del -OMISSIS-, Consip ha avviato nei confronti

dell'odierna ricorrente un articolato procedimento amministrativo volto a valutare alcune fattispecie potenzialmente rilevanti *ex art.* 80, comma 5, lett. a) e c), del D. Lgs. n. 50/2016.

5. All'esito di tale articolato procedimento amministrativo, con provvedimento finale -OMISSIS- del -OMISSIS-, Consip ha disposto l'esclusione di -OMISSIS- -OMISSIS- dalla gara in oggetto (rispetto ai lotti per i quali essa ha presentato offerta, segnatamente i lotti -OMISSIS-, 27, -OMISSIS-) e per l'effetto annullato le aggiudicazioni definitive non efficaci adottate in favore di -OMISSIS- -OMISSIS- in relazione ai lotti -OMISSIS-, -OMISSIS-.

6. Il sostrato motivazionale del provvedimento di esclusione è particolarmente articolato e variegato; in estrema sintesi, Consip ha invocato 2 distinte fattispecie legali di esclusione, ovverossia da un lato la violazione dell'art. 80, co. 5, *lett. a)*, del d.lgs. n. 50/2016 (*id est* gravi infrazioni debitamente accertate in materia giuslavoristica) e dall'altro lato la violazione dell'art. 80, co.5, *lett. c)* del d.lgs. n. 50/2016 (*id est* gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'affidabilità dell'operatore economico in gara).

Entrambi questi motivi di esclusione non dipendono direttamente dall'operato dell'odierna ricorrente, bensì da situazioni riconducibili ad altre società del gruppo societario della ricorrente, e cioè a -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A.

I 2 diversi fatti direttamente ascrivibili a -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. sono i seguenti:

a) il *primo fatto* (rilevante *ex art.* 80 co. 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016) consiste nei verbali dell'Ispettorato territoriale del lavoro di -OMISSIS- (nel prosieguo anche "ITL") del -OMISSIS- agosto 2019, con cui l'ITL ha accertato che -OMISSIS- S.p.A. ha impedito al proprio personale della sala conta di -OMISSIS- di fruire integralmente delle ferie annuali per ben 4 anni; verbali

che sono stati poi seguiti dalle conseguenti ordinanze-ingiunzione del 3 luglio 2023 con cui il Direttore dell'ITL ha ingiunto a -OMISSIS- S.p.A. e al dott.-OMISSIS- (in qualità di legale rappresentante di -OMISSIS- S.p.A.) il pagamento di specifiche sanzioni pecuniarie per violazione della normativa giuslavoristica in materia di ferie;

b) il *secondo fatto* (rilevante *ex art. 80 co. 5, lett. c)*, d.lgs. n. 50 del 2016) consiste innanzitutto nel decreto della Procura del Tribunale di Milano del 14 agosto 2023, con cui è stato disposto ai sensi dell'art. 321, commi 1 e 3 bis, c.p.p. e dell'art. 3 Legge 199/2016, il controllo giudiziario in via d'urgenza nei confronti di -OMISSIS- S.p.A., nell'ambito del procedimento penale pendente in capo a quest'ultima (ai sensi dell'art. 5, lett. a) quinquies, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 231/2001) e al relativo legale rappresentante dott.-OMISSIS- (per il reato di cui all'art. 603 bis, commi 1, 2, 3 n. 1 e 4, n. 1, c.p.). Rientra in questa vicenda, inoltre, anche il successivo provvedimento del GIP di Milano dell'8 settembre 2023, con cui il GIP ha disposto il controllo giudiziario anche nei confronti della società -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. (per i medesimi capi di imputazione elevati a carico di -OMISSIS- S.p.A.). Il reato contestato a -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. è, quindi, quello di caporalato, caporalato tradottosi nella corresponsione di una retribuzione sproporzionata rispetto alla qualità e quantità del lavoro svolto, nonché in una gestione quotidiana dei rapporti di lavoro caratterizzata dall'esercizio di una posizione di forza da parte di alcuni referenti aziendali (che hanno frequentemente agito con "minacce" e "intimidazioni" tali da costringere i dipendenti a rinunciare ai loro diritti).

Sulla base dei 2 nuclei fattuali sopra citati, Consip ha innanzitutto escluso dalla gara -OMISSIS- S.p.A. in data 24 ottobre 2023 con provvedimento di esclusione che è stato poi confermato in sede giudiziale sia da questo TAR che

dal Consiglio di Stato.

Venendo invece al provvedimento di esclusione adottato da Consip nei confronti di -OMISSIS- -OMISSIS-, con tale provvedimento la stazione appaltante – appurato che le 2 vicende “escludenti” testè citate si riferiscono a due soggetti giuridici diversi rispetto all’odierna ricorrente -OMISSIS- -OMISSIS- (e cioè a -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A.) – ha ritenuto che entrambe queste vicende si estendano anche all’odierna ricorrente in ragione di due distinti meccanismi imputazionali.

Il 1° meccanismo imputazionale trova fondamento nel fatto che in data 29 dicembre 2021 la ricorrente ha acquisito, con efficacia dal 1° gennaio 2022, il ramo d’azienda di -OMISSIS- S.p.A. (limitato ai soli servizi di vigilanza privata nella Regione -OMISSIS-): per effetto di tale trasferimento, pertanto, tutti i motivi d’esclusione che affliggono -OMISSIS- S.p.A. (*id est* le violazioni giuslavoristiche accertate dall’TTL di -OMISSIS- e le misure di controllo giudiziario) si sarebbero trasmessi anche a -OMISSIS- -OMISSIS-; ciò in ossequio a quel consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale “*a) il contratto di cessione o di affitto d’azienda determina l’automatico trasferimento all’acquirente (o all’affittuario) di tutti i rapporti compresi nel complesso aziendale, sia attivi che passivi nei quali l’azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, come si evince dalla lettura degli artt. 2558 - 2562 del codice civile; b) in base al principio generale ubi commoda ibi incommoda, il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente*” (Cons. Stato, V, 7 aprile 2023, n. 3629; cfr. anche Id., 14 luglio 2022, n. 5973).

Osserva il provvedimento impugnato, in particolare, che alla data di cessione del ramo d’azienda (29 dicembre 2021) la carica di Presidente del CDA di -OMISSIS- S.p.A. era rivestita dal dott.-OMISSIS-, mentre la carica di

Amministratore Delegato di -OMISSIS- S.p.A. era rivestita dal dott. -OMISSIS-, entrambi anche amministratori dell'odierna ricorrente, il che conferma la sostanziale continuità gestionale che lega la società cedente alla società cessionaria.

Il 2° meccanismo imputazionale trova fondamento nella c.d. “teoria del contagio”, e cioè nel fatto che il sig. -OMISSIS- ha rivestito allo stesso tempo:

a) la carica di Presidente del CDA della società ricorrente (con poteri di rappresentanza legale) per tutto il periodo compreso tra la scadenza del termine di presentazione delle offerte (4 agosto 2020) e la data del 11 dicembre 2023;

b) la carica di amministratore delegato e legale rappresentante di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A.

Il provvedimento impugnato, quindi, muove dal presupposto che il sig. -OMISSIS- – avendo in passato rivestito la qualifica di amministratore delegato di una società che si è resa responsabile di una condotta penalmente rilevante giusta provvedimento di controllo giudiziario adottato dal GIP in data 8 settembre 2023 (dunque soggetto rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, disposizione direttamente applicabile oltre che ai primi due commi, per identità di *ratio* anche ai fini del comma 5) – è professionalmente inaffidabile, con la conseguenza che tale inaffidabilità professionale si estende per “contagio” anche all'odierna ricorrente (a nulla rilevando il fatto che detta condotta penalmente rilevante sarebbe stata realizzata nell'interesse di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A.).

Ciò in coerenza con il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo il quale *“la persona fisica - che, nella compagine sociale, ha rivestito un ruolo direttivo o, comunque, influente per le scelte della società - è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto*

del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni, restando del tutto irrilevante stabilire se la condotta in questione sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, in quanto quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1786; id., 22 aprile 2022, n. 3107; id., 4 giugno 2020, n. 3507; id., 3 dicembre 2018, n. 6866)” (Cons. Stato, sez. III, 15/06/2023 n. 5897).

Fermo quanto precede, il provvedimento di esclusione impugnato ha poi preso in considerazione anche le misure di *self-cleaning* adottate dalla società ricorrente.

A tal proposito, il provvedimento di Consip statuisce che:

a) innanzitutto le misure di *self-cleaning* troverebbero applicazione (nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016) soltanto *pro futuro*, sicchè le misure adottate in concreto dalla ricorrente – in quanto implementate a gara in corso – non potrebbero essere favorevolmente apprezzate;

b) in ogni caso, quand'anche tali misure fossero applicabili a gara in corso, esse sarebbero comunque insufficienti, atteso che: *b1)* il sig. -OMISSIS- è stato rimosso dall'incarico di amministratore della ricorrente soltanto a fine novembre 2023 (29 novembre 2023) mentre il decreto con cui è stato disposto il controllo giudiziario nei confronti di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. risale all'8 settembre 2023; non solo, la società ricorrente ha rimosso il sig. -OMISSIS- dal suo incarico in data 29 novembre 2023 soltanto dopo che Consip aveva avviato in data -OMISSIS- il procedimento di esclusione a carico della ricorrente, nonché soltanto dopo il provvedimento con cui Consip aveva escluso -OMISSIS- S.p.A. dalla gara (e anche dopo le sentenze con cui questo TAR aveva accertato la legittimità dell'esclusione della stessa -OMISSIS- S.p.A.); *b2)* l'atto di citazione con il quale la ricorrente afferma di

aver instaurato un giudizio di responsabilità a carico dell'ex amministratore (sig. -OMISSIS-) è datato soltanto 4 marzo 2024; *b3*) -OMISSIS- -OMISSIS- appartiene al medesimo gruppo societario di -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A., sicchè i rapporti esistenti tra dette aziende lasciano chiaramente intendere che -OMISSIS- -OMISSIS- fosse pienamente consapevole delle vicende penali di -OMISSIS- S.p.A., -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. e i loro legali rappresentanti; *b4*) a nulla rileva l'incarico che la ricorrente ha successivamente assegnato a un consulente esterno per la verifica della corretta fruizione delle ferie nel periodo 2024-20-OMISSIS-, risalendo tale incarico soltanto al 14 marzo 2024; *b5*) la successiva archiviazione del procedimento penale non preclude a Consip di valutare tutti i fatti riportati nei provvedimenti giudiziari del -OMISSIS-, i quali fanno riferimento (oltre che a pagamenti retributivi inadeguati) anche ad una più ampia condotta aziendale gravemente lesiva della dignità e dei diritti dei lavoratori.

7. Ciò premesso in ordine ai profili motivazionali del provvedimento di esclusione (con cui Consip ha escluso -OMISSIS- -OMISSIS- dalla gara e, per l'effetto, disposto l'annullamento delle aggiudicazioni dei lotti -OMISSIS-, -OMISSIS- inizialmente adottate in suo favore) con l'odierno ricorso la ricorrente -OMISSIS- -OMISSIS- impugna la propria esclusione dalla gara.

Il ricorso è affidato a sette diversi mezzi di censura.

7.1. Con il 1° mezzo di censura, la ricorrente censura la decisione di Consip di attribuire rilievo soltanto *pro futuro* alle misure di *self-cleaning* adottate dalla stessa ricorrente.

Sostiene la ricorrente, in particolare, che tale opzione ermeneutica, seppur affermata da una parte della giurisprudenza, appare eccessivamente rigorosa, *a fortiori* se si considera che nel caso di specie “*non concerne condotte asseritamente lesive del canone di affidabilità direttamente attuate dalla ricorrente*” bensì gli “*effetti del*

“contagio” determinatisi in ragione della presenza, nella compagine gestionale della ricorrente, di un amministratore che ha svolto funzioni gestorie in altra Società direttamente interessata dalle condotte censurate”.

7.2. Con il 2° mezzo di censura, la ricorrente – acclarato che le misure di *self-cleaning* possono operare anche rispetto alle gare in corso – censura il provvedimento impugnato per non avere lo stesso correttamente valutato la piena idoneità e adeguatezza delle misure di *self cleaning* concretamente adottate dalla ricorrente.

La ricorrente lamenta, in particolare, l'irrilevanza del fatto che *“il dott. -OMISSIS- ricopriva la carica di Presidente del CDA alla data di pubblicazione del Bando di gara (-OMISSIS-), nonché alla data di presentazione delle Offerte (04/08/2020)” (cfr. pagina 9 del provvedimento di esclusione)”*.

Ciò in quanto il sig. -OMISSIS- è stato comunque rimosso dalla carica prima dell'adozione del provvedimento di esclusione.

Sostiene la ricorrente, inoltre, che sarebbe ugualmente irrilevante la circostanza secondo cui *“la rimozione dall'incarico è intervenuta solo a fine novembre 2023, mentre il decreto con cui è stato disposto il controllo giudiziario e nominato l'amministratore giudiziario della -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. risale all'-OMISSIS-”* (cfr. pagina 9 del provvedimento di esclusione), in quanto:

- (i) tra i due eventi intercorrono poco più di due mesi;
- (ii) in tale arco temporale la ricorrente ha sostituito non solo il sig. -OMISSIS- ma anche il Consigliere di amministrazione Dott.-OMISSIS-;
- (iii) il sistema di amministrazione della Società ricorrente è stato novellato, in quanto è stato previsto un criterio di gestione collegiale e duale, contemplando sia un Presidente del Consiglio di Amministrazione che un Amministratore delegato proprio per incrementare il livello reciproco di controllo (quest'ultima circostanza sarebbe stata in tesi completamente ignorata da

Consip);

- (iv) -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. ha formulato un'istanza di revoca del controllo giudiziario prima che l'ex Presidente del Consiglio di amministrazione della ricorrente (-OMISSIS-) fosse da essa rimosso, in particolare l'amministratore giudiziario ha reso parere favorevole alla revoca in data 21 novembre 2023 e la Procura della Repubblica di Milano ha revocato immediatamente il controllo giudiziario di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. in data -OMISSIS- ma, nonostante tali circostanze tutte favorevoli all'ex Presidente del Consiglio di amministrazione della ricorrente (-OMISSIS-), -OMISSIS- -OMISSIS-, a fini massimamente prudenziali, ha deciso di destituirlo dall'incarico il 29 novembre 2023 e, addirittura, di citarlo in giudizio per danni;
- (v) rispetto all'ipotesi di esclusione dovuta per mero contagio connesso alla persona dell'amministratore, la rimozione di quest'ultimo è misura sufficiente a rimuovere l'elemento di contagio, ciò *a fortiori* se si considera che la ricorrente ha anche citato in giudizio il sig. -OMISSIS- addebitandogli la mancata immediata informazione delle vicende che avevano interessato -OMISSIS- S.p.A. (e successivamente -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A.) quando egli era amministratore di tale ultima società;
- (vi) l'idoneità della misura di self-cleaning adottata nei confronti del sig. -OMISSIS- (*id est* la rimozione dall'incarico) non può essere revocata in dubbio per il fatto che -OMISSIS- -OMISSIS- appartiene allo stesso gruppo di -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A., posto che le vicende penali in questione riguardano soltanto ed esclusivamente -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A., tanto è vero che l'odierna ricorrente è sempre rimasta estranea a qualsiasi vicenda penale;
- (vii) le misure di self-cleaning adottate dalla ricorrente sono anche pienamente tempestive, atteso che esse si basano su motivi d'esclusione verificatisi in capo

a -OMISSIS- S.p.A. e a -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A., la cui attitudine escludente non è affatto auto-evidente e postula semmai una compiuta valutazione discrezionale della stazione appaltante, valutazione che è poi sfociata nel provvedimento di esclusione di -OMISSIS- S.p.A. del 24 ottobre 2023 (rispetto al quale l'atto di rimozione dall'incarico del sig. -OMISSIS- del 29 novembre 2023 risulta pienamente tempestivo);

(viii) la tempestività della rimozione dall'incarico del sig. -OMISSIS- del 29 novembre 2023 sarebbe viepiù evidente ove si consideri che essa è successiva di appena 6 giorni rispetto alla nota prot. -OMISSIS- del 23.11.2023, con cui la stessa Consip ha avviato nei confronti di -OMISSIS- -OMISSIS- il procedimento poi concluso con il provvedimento ora gravato;

(ix) tempestiva sarebbe anche l'iniziativa giudiziaria intrapresa dalla ricorrente in data 4 marzo 2024 per ottenere il risarcimento dei danni da parte del sig. -OMISSIS-, atteso che: (a) il nuovo Consiglio di amministrazione è stato nominato il 29 novembre 2023 e la relativa nomina è stata iscritta in CCIAA il successivo 11 dicembre 2023 (poco più di tre mesi prima della notifica); (b) l'atto di citazione è stato notificato il 4 marzo 2024, quindi il difensore incaricato ha assolto all'incarico di redigere un atto di natura delicata e complessa in soli tre mesi; (c) il medesimo atto di citazione è stato iscritto già in data 6 marzo 2024 (a soli due giorni dalla notifica) al ruolo generale del Tribunale di -OMISSIS- con il numero-OMISSIS-.

7.3. Con il 3° mezzo di censura, la ricorrente si duole del fatto che Consip ha applicato in maniera "automatica" la teoria del contagio senza considerare che, a prescindere dalla sopravvenuta archiviazione del procedimento penale instaurato nei confronti delle società -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A., il tipo di reato contestato alle persone fisiche avrebbe prodotto effetti unicamente in favore di dette società (e cioè di 2 soggetti

diversi dall'odierna ricorrente).

7.4. Con il 4° mezzo di censura, la ricorrente si duole del fatto che l'esclusione disposta da Consip ai danni di -OMISSIS- -OMISSIS- sarebbe avvenuta in dispregio dell'autovincolo stabilito dall'art. 6 dello stesso Disciplinare di Gara, il quale circoscrive i motivi di esclusione *ex art.* 80, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016 (*id est* le violazioni giuslavoristiche) alle sole condotte poste in essere dai soggetti di cui all'art. 80 co. 3 d.lgs. n. 50 del 2016 “*nell'esercizio delle funzioni conferite dall'operatore economico concorrente*”.

In estrema sintesi, le violazioni giuslavoristiche che hanno interessato il sig. -OMISSIS- in qualità di amministratore di -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l., non potrebbero rilevare ai fini dell'esclusione di -OMISSIS- -OMISSIS- (di cui il sig. -OMISSIS- è stato parimenti amministratore) in quanto l'autovincolo dell'art. 6 del Disciplinare di Gara obbligherebbe la stazione appaltante a considerare i soli illeciti giuslavoristici compiuti dall'amministratore a favore della società che partecipa alla gara (nel caso di specie -OMISSIS- -OMISSIS-).

7.5. Con il 5° mezzo di censura, la ricorrente si duole del provvedimento impugnato nella parte in cui lo stesso – al fine di estendere alla ricorrente i motivi di esclusione di -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- S.r.l. – fa leva sul trasferimento di ramo d'azienda intercorso tra -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS- in data 29 dicembre 2021.

Tale trasferimento sarebbe irrilevante perché:

a) i provvedimenti penali adottati dalla Procura della Repubblica di Milano sono successivi rispetto al suddetto trasferimento, atteso che i primi risalgono ad agosto/settembre 2023, mentre il trasferimento d'azienda risale a dicembre 2021 (con effetto dal 1° gennaio 2022);

b) rispetto al verificarsi della vicenda suddetta (agosto 2023) tali

amministratori sarebbero pacificamente cessati da oltre 1 anno, considerato che il trasferimento del ramo aziendale è avvenuto con efficacia dal 1° gennaio 2022;

c) il momento in cui si è perfezionato il suddetto trasferimento d'azienda (1° gennaio 2022) sarebbe successivo di oltre 3 anni rispetto al momento in cui si sarebbero verificate le violazioni giuslavoristiche accertate dall'I TL di Torino (2018);

d) il trasferimento di ramo di azienda ha riguardato un ben delimitato e circoscritto ramo aziendale, afferente ai soli servizi di vigilanza svolti nella Regione -OMISSIS-, con passaggio dunque di ben determinati beni, nonché di ben individuati lavoratori, indicati nominativamente e senza alcuna risorsa con incarichi direttivi, dirigenziali o organizzativi;

e) le violazioni giuslavoristiche accertate dall'I TL di Torino hanno interessato il personale della sala conta della sede di -OMISSIS- di -OMISSIS- S.p.A. (quindi personale preposto allo svolgimento di attività completamente diverse rispetto a quelle oggetto dell'appalto *de quo*), mentre il trasferimento del ramo d'azienda ha avuto ad oggetto i servizi di vigilanza armata svolti da -OMISSIS- S.p.A. nella regione -OMISSIS-;

f) i procedimenti penali sfociati nei provvedimenti giudiziari della Procura della Repubblica e del GIP di Milano di agosto/settembre 2023 non hanno alcun collegamento con il summenzionato trasferimento di ramo d'azienda di dicembre 2021, tanto più ove si consideri che tali procedimenti hanno avuto ad oggetto i soli servizi fiduciari (quindi servizi completamente estranei rispetto ai servizi di vigilanza armata trasferiti da -OMISSIS- S.p.A. all'odierna ricorrente, peraltro con esclusivo riguardo alla regione -OMISSIS-).

7.6. Con il 6° mezzo di censura, la ricorrente si duole del fatto che nel caso di specie Consip avrebbe disposto l'esclusione dalla medesima gara di due entità

giuridiche autonome (-OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS-) per gli stessi identici fatti, fatti che -OMISSIS- -OMISSIS- - peraltro - non avrebbe neppure concorso a realizzare.

Ciò in asserita violazione del principio del *ne bis in idem*, nonché della regola del cumulo giuridico, a tenore della quale “*chi con un’azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo*” (cfr. articolo 8 della legge n. 689/1981).

7.7. Con il 7° ed ultimo mezzo di censura, infine, la ricorrente impugna le ulteriori determinazioni con cui Consip ha preteso di escutere la garanzia provvisoria costituita da -OMISSIS- -OMISSIS- con riferimento ai Lotti -OMISSIS-, -OMISSIS- (inizialmente aggiudicati alla ricorrente).

Sostiene la ricorrente, a tal proposito, che Consip non potrebbe procedere all’escussione della garanzia provvisoria ogniqualvolta l’esclusione dalla gara dipenda, come nel caso di specie, da un apprezzamento discrezionale della stazione appaltante.

Soggiunge la ricorrente, inoltre, che l’escussione della garanzia provvisoria non può essere una conseguenza automatica e vincolata dell’esclusione, posto che l’art. 93, co. 6, d.lgs. n. 50 del 2016, subordina espressamente l’escussione della garanzia provvisoria al verificarsi di un “*fatto riconducibile all’affidatario*”. E giammai potrebbe integrare tale presupposto l’esito di una valutazione eminentemente discrezionale della stazione appaltante.

8. Chiariti i plurimi mezzi di censura che la ricorrente ha sviluppato avverso l’esclusione dalla gara per i lotti -OMISSIS-, -OMISSIS-, va soggiunto che Consip si è ritualmente costituita in giudizio (insieme a due delle tre controinteressate) per resistere al ricorso, instando per la sua reiezione nel merito.

Inoltre, con memoria depositata in atti in data 23 settembre 2024, la controinteressata -OMISSIS- S.p.A. – oltre a resistere ai motivi di impugnazione spiegati avverso l'esclusione dal lotto -OMISSIS- – ha proposto anche gravame incidentale ritualmente notificato, con cui ha dedotto che *“l'inidoneità delle misure di self cleaning invocate ex adverso è ulteriormente avvalorata dall'inchiesta penale che ha direttamente coinvolto lo scorso luglio i vertici di -OMISSIS- - OMISSIS- per i reati di estorsione e caporalato ai danni dei lavoratori della ricorrente; inchiesta, nell'ambito della quale il pur recentemente nominato Presidente del Consiglio di Amministrazione - il Dott.-OMISSIS- (cfr. Avv. ric: pag. 5) – è stato fatto oggetto della misura interdittiva a contrarre con la PA (cfr. doc. 4)”*.

9. All'udienza pubblica del 20 novembre 2024, il Collegio – previa discussione della causa – ha introiettato quest'ultima in decisione.

DIRITTO

10. *In limine litis*, va innanzitutto disposta *ex art. 70 c.p.a.* la riunione dei 3 giudizi proposti dall'odierna ricorrente, tenuto conto della loro evidente connessione soggettiva e oggettiva.

Ad essere impugnato, infatti, è lo stesso identico provvedimento di esclusione con cui l'odierna ricorrente è stata simultaneamente estromessa dalla gara per tutti e 3 i lotti in contestazione (lotti -OMISSIS-, -OMISSIS-).

11. Sempre in via pregiudiziale, il Collegio rileva che il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata -OMISSIS- S.p.A. è inammissibile.

Con tale gravame, infatti, la società controinteressata deduce fatti sopravvenuti al provvedimento del -OMISSIS- impugnato nel presente giudizio (*id est* l'inchiesta penale che ha coinvolto anche l'odierna ricorrente nel mese di luglio 2024), fatti che testimonierebbero l'inadeguatezza delle misure di self-cleaning implementate dall'odierna ricorrente.

Tale deduzione non assume, quindi, i connotati di un'impugnazione

incidentale (ovverossia di un gravame proposto in via subordinata al fine di annullare il provvedimento impugnato per motivi diversi rispetto a quelli articolati con il ricorso introduttivo, oppure al fine di caducare un altro diverso provvedimento sì da conservare l'attuale assetto di interessi favorevole alla controinteressata), bensì semmai di una mera difesa volta a corroborare ulteriormente la legittimità dell'atto gravato.

Ciò che obbliga il Collegio a qualificare l'atto come semplice memoria difensiva priva di qualsiasi (ammissibile) impugnazione incidentale.

12. Passando ora al merito dei ricorsi, va innanzitutto evidenziato che il provvedimento impugnato è plurimotivato.

A tal proposito, è ormai *ius receptum* che “*per sorreggere l'atto plurimotivato in sede giurisdizionale è sufficiente la legittimità di una sola delle ragioni espresse, con la conseguenza che il rigetto delle doglianze svolte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento, sicché il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze*” (Consiglio di Stato, sez. III, 16 giugno 2023 n. 5964).

Ne discende che nei casi in cui il provvedimento impugnato risulti - come nel caso di specie - sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, logicamente indipendenti e non contraddittorie, il giudice, ove ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, da solo idoneo a sostenerne e a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento

delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze.

13. Fermo quanto precede, il Collegio ritiene che il provvedimento impugnato sia correttamente motivato nella parte in cui lo stesso – preso atto del fatto che il sig. -OMISSIS- si era reso responsabile di specifiche condotte penalmente rilevanti in qualità di amministratore delegato di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. (così come emerge dal provvedimento del GIP del 8 settembre 2023) – le ha ricondotte all'odierna ricorrente in virtù della teoria del contagio; contagio realizzatosi per via della carica di Presidente di CDA (con poteri di rappresentanza legale) che lo stesso sig. -OMISSIS- ha rivestito per -OMISSIS- -OMISSIS- in tutto il periodo compreso tra la scadenza del termine di presentazione delle offerte (4 agosto 2020) e l'11 dicembre 2023.

Ritiene il Collegio, pertanto, che il richiamo motivazionale alla teoria del contagio resista a tutte le censure all'uopo sollevate dall'odierna ricorrente, con conseguente inammissibilità (per carenza di interesse ad agire) delle ulteriori censure focalizzate sul trasferimento d'azienda.

14. Tanto chiarito, lo scrutinio giudiziale del richiamo motivazionale alla teoria del contagio si deve necessariamente dipanare attraverso i seguenti passaggi argomentativi:

- a) valutazione preliminare della sussistenza - in fatto – delle condotte penalmente rilevanti da cui originerebbe il “contagio”;
- b) valutazione della sussistenza dei presupposti che, in base alla consolidata giurisprudenza in materia, consentono di “addossare” su una specifica società le conseguenze negative di eventuali gravi illeciti professionali che l'amministratore di quella stessa società ha compiuto in veste di

amministratore di un'altra società;

c) valutazione della sussistenza (o meno) di adeguate misure di self-cleaning capaci di elidere il fenomeno del contagio.

15. Quanto al primo profilo evocato, i “nudi” fatti da cui origina il contagio (di cui il provvedimento impugnato fa puntuale menzione) non sono revocabili in dubbio.

Va evidenziato, infatti, che le circostanze intorno alle quali ruotano le indagini penali afferenti al reato di caporalato *ex art. 603 bis c.p.p.* (giusta provvedimento del GIP di Milano del 8 settembre 2023) possono essere suddivise per comodità espositiva in 2 distinte categorie, da un lato quelle relative all'inadeguatezza delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori e, dall'altro lato, quelle relative all'approfittamento dello stato di bisogno dei lavoratori.

Orbene, se è vero (come evidenziato già dal provvedimento espulsivo impugnato) che il procedimento relativo alla sola -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. (non anche, peraltro, quello nei confronti del sig. -OMISSIS-) è stato archiviato, è però anche vero che l'archiviazione è motivazionalmente incentrata soltanto sull'adeguamento retributivo che è stato effettuato dopo l'apertura delle indagini penali.

Più nel dettaglio, il senso generale del decreto di archiviazione (quale esso si ricava da una sua lettura complessiva) è che l'erogazione di retribuzioni inadeguate sia stata il frutto di un'applicazione supina e acritica del precedente (illegittimo) contratto collettivo nazionale del lavoro, ciò che esclude la sussistenza del dolo penalisticamente rilevante.

Così recita, infatti, il decreto di archiviazione emesso in data 11 aprile 2024 dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano: *“la condotta attuata successivamente al controllo giudiziario, deve essere adeguatamente valorizzata anche in termini di accertamento dell'elemento psicologico del reato: il quasi immediato adeguamento*

alle prescrizioni indicate dall'amministratore giudiziario testimonia di una volontà non tanto diretta allo sfruttamento dei lavoratori, quanto piuttosto di una atteggiamento di supino adeguamento alle retribuzioni indicate nel precedente CCN (sottoscritto dalle associazioni sindacali) e di accettazione delle tariffe (non sempre sufficienti a remunerare il servizio presto in modo adeguato) proposte dai committenti?'

Tale circostanza, tuttavia, non preclude alla stazione appaltante di valutare (come avvenuto) tutti i fatti riportati nei provvedimenti del -OMISSIS-, contenenti molteplici riferimenti a condotte gravi e contrastanti con i diritti dei lavoratori, anche ulteriori rispetto alle problematiche relative alle retribuzioni.

Ed infatti, il rilievo che i fatti riscontrati non siano stati ritenuti sufficienti ad avviare l'azione penale non significa che quei medesimi fatti – che non riguardano solo le retribuzioni ma anche altri diritti dei lavoratori – non possano essere valutati e quindi ritenuti idonei ad integrare un grave illecito professionale, tanto più se si considera che detta archiviazione, come anche evidenziato nel provvedimento di esclusione, consegue all'avvenuto adeguamento retributivo nonché all'incertezza circa l'esistenza dell'elemento psicologico in ragione del fatto che le retribuzioni applicate erano comunque quelle previste dal CCNL condiviso con le più rappresentative organizzazioni sindacali, ritenute inadeguate solo in seguito all'intervento del Giudice del Lavoro.

Orbene, il summenzionato decreto di archiviazione non infirma minimamente una pluralità di fatti emersi nel corso delle indagini penali, dalle quali è emersa una gestione quotidiana del rapporto di lavoro caratterizzata dall'esercizio di una posizione di forza da parte di alcuni referenti dell'azienda che hanno frequentemente agito con “minacce” e “intimidazioni” (quali “sanzioni disciplinari, cambi in postazioni svantaggiose o perdita del posto di lavoro) in

ragione delle quali i dipendenti sono stati costretti a rinunciare ai permessi per malattia e per visite mediche, nonché ad accettare turni reiterati senza beneficiare del dovuto riposo, anche in sedi diverse.

Questi sono fatti che – seppur giudicati penalisticamente irrilevanti – hanno nondimeno una loro rilevanza oggettiva in sede di gara, rilevanza che Consip ha ritenuto (non illogicamente) di poter apprezzare.

Tanto basta a confermare, pertanto, che i fatti da cui origina il “contagio” (*id est* le circostanze che hanno condotto -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. ad essere sottoposta alla misura penale del controllo giudiziario) non possono essere revocati in dubbio.

16. Resta a questo punto da scrutinare l'ulteriore profilo della sussistenza (o meno) dei presupposti per traslare i summenzionati illeciti professionali da -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. a -OMISSIS- -OMISSIS-, e cioè per affermare che vi sia stato il c.d. “contagio”.

Ciò impone di richiamare, in apice, i consolidati principi foggianti dalla giurisprudenza amministrativa *in subiecta materia*.

Orbene, è ormai *ius receptum* che l'appurata inaffidabilità di un legale rappresentante è ritenuta idonea a spiegare effetti negativi anche nei confronti della società partecipante alla procedura ad evidenza pubblica nell'ambito della quale detto legale rappresentante svolga la propria attività professionale, anche qualora – come nel caso di specie - le condotte contestate siano state commesse quale legale rappresentante di un soggetto diverso, a nulla rilevando la dedotta alterità soggettiva (in tal, Consiglio di Stato, Sezione V, 4 giugno 2020, n. 3507).

Il Consiglio di Stato ha, infatti, chiarito che, se (come nella fattispecie) “*la persona fisica - che, nella compagine sociale, ha rivestito un ruolo direttivo o, comunque, influente per le scelte della società - è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito*

nella pregressa attività professionale, inaffidabile può essere considerata – in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione – anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni, restando del tutto irrilevante stabilire se la condotta in questione sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, in quanto quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell’esercizio dell’attività professionale (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1786; id., 22 aprile 2022, n. 3107; id., 4 giugno 2020, n. 3507; id., 3 dicembre 2018, n. 6866)”, peraltro, poi, ribadendo che “il principio (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107) secondo cui: ... allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali, anche non definiti, ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, trova piena giustificazione, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del contagio”. In buona sostanza, prosegue il Consiglio di Stato, “la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all’operatore economico “per contagio”, ossia de facto e dunque prescindendo dalla tematica dell’imputazione degli atti” (Consiglio di Stato, Sezione III, 15/06/2023 n. 5897, nonché in senso conforme Consiglio di Stato, Sezione V, 18 giugno 2024, n. 5450).

Tanto chiarito, con il provvedimento impugnato nel giudizio *de quo* Consip ha correttamente declinato i summenzionati principi laddove ha rilevato che il sig. -OMISSIS- ha contemporaneamente rivestito:

a) il ruolo di amministratore delegato di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. (figurando quindi come soggetto rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, disposizione direttamente applicabile oltre che ai primi due commi, per identità di *ratio* anche ai fini del comma 5);

b) e anche il ruolo di Presidente di CDA di -OMISSIS- -OMISSIS- per tutto il

periodo compreso tra la scadenza del termine di presentazione delle offerte (4 agosto 2020) e la data del 11 dicembre 2023.

Il provvedimento impugnato attesta chiaramente, pertanto, che il sig. -OMISSIS- rappresenta il *trait d'union* tra -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. (responsabili degli illeciti professionali sopra menzionati) e -OMISSIS- -OMISSIS-.

17. Le considerazioni che precedono non risultano scalfite né dal richiamo al comma 10-bis dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 *ratione temporis* vigente (a mente del quale “*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*”) né dal richiamo alla disciplina sugli amministratori “cessati” (cfr. art. 80 co. 3 d.lgs. n. 50 del 2016 *ratione temporis* vigente, nella parte in cui esso prevede che “*in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata*”).

Quanto alla “finestra” temporale triennale del grave illecito professionale, essa è stata sicuramente rispettata nel caso di specie, ove si consideri che secondo un condivisibile insegnamento giurisprudenziale “*in assenza di un accertamento definitivo, contenuto in una sentenza o in un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, per individuare il dies a quo del termine triennale capace di elidere la rilevanza dei fatti determinanti l'impossibilità di contrattare con la Pubblica amministrazione, deve aversi riguardo alla data dell'accertamento del fatto, idoneo a conferire a quest'ultimo una qualificazione giuridica rilevante per le norme in materia di esclusione dalle gare d'appalto e non, dunque, alla mera commissione del fatto in sé* (Cons. Stato, Sez. IV, 7 ottobre 2022, n. 8611; cfr. anche il § 39 di Corte Giustizia, sez. IV,

24 ottobre 2018, C- 124/17 nonché Cons. Stato, sez. IV, n. 8563 del 2020)” (cfr. Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2024, n. 2931).

Nel caso di specie, atteso che le condotte che hanno dato origine alla procedura penale di controllo giudiziario di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. sono state accertate nei mesi di agosto e settembre 2023, è evidente che il provvedimento di esclusione del -OMISSIS- è senz’altro tempestivo.

Quanto alla disciplina degli amministratori “cessati” di cui all’art. 80 co. 3 d.lgs. n. 50 del 2016, essa non è pertinente al caso di specie, atteso che la stessa prende in considerazione gli illeciti professionali compiuti dai soggetti apicali cessati nell’anno antecedente rispetto alla data di pubblicazione del bando, mentre nel caso di specie si controverte di un amministratore della ricorrente (il sig. -OMISSIS-) che ha rivestito tale ruolo anche *durante* la stessa procedura di gara (e cioè sino all’11 dicembre 2023).

18. Tanto chiarito, rimane a questo punto da scrutinare il profilo della sussistenza (o meno) di adeguate misure di self-cleaning capaci di elidere il contagio.

18.1. A tal proposito, osserva innanzitutto il Collegio che la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2023, nn. 1700 e 1719) ha in effetti superato l’impostazione per cui le misure di *self-cleaning* sono irrilevanti se adottate nel corso della gara, in quanto destinate a valere solo per il futuro, in favore di una lettura maggiormente coerente con i principi europei per cui le predette misure vanno sempre valutate dalla stazione appaltante.

È opportuno sottolineare, infatti, che l’art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, consente all’operatore economico attinto da un grave illecito professionale di provare di “*aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*”.

È stato anche chiarito in giurisprudenza che tale interpretazione è maggiormente conforme alla *ratio* dell'istituto del ravvedimento operoso, di cui all'art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha “*finalità conservativa e al tempo stesso mira a garantire il committente pubblico rispetto all'affidabilità professionale del contraente privato*” (cfr. Cons. St. n. 9782/2022).

Analogamente, la giurisprudenza nazionale più recente (cfr. CGA, 13 luglio 2022, n. 829), facendo invero applicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19), ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere adottate “*in qualunque fase della procedura che preceda l'adozione della decisione di aggiudicazione*” (cfr. § 29 della sentenza).

Dunque, dalle suindicate coordinate ermeneutiche si ricava - come già chiarito con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1700/2023 - il principio secondo cui la direttiva 24/2014/UE non impedisce la valutazione delle misure di *self-cleaning* assunte in corso di gara, relative a fatti insorti (come nel caso di specie) dopo la presentazione dell'offerta.

18.2. Orbene, nel caso di specie Consip – pur sposando inizialmente l'orientamento più rigoroso (secondo il quale le misure di self-cleaning possono produrre effetti soltanto *pro futuro*) – cionondimeno non si è astenuta dal compiere una valutazione in concreto dell'effettiva adeguatezza e tempestività delle misure di self cleaning messe in atto dall'odierna ricorrente.

Si tratta, pertanto, di stabilire se tale valutazione sia immune (o meno) dai vizi che sono stati prospettati con l'odierno ricorso.

Prima di compiere tale delibazione, tuttavia, il Collegio non può esimersi dal tracciare le coordinate ermeneutiche che la giurisprudenza ha tracciato in materia di sindacato giudiziale delle valutazioni amministrative di adeguatezza (e tempestività) delle misure di self-cleaning.

Orbene, la giurisprudenza ha condivisibilmente affermato che le valutazioni amministrative di idoneità delle misure di self-cleaning vanno “scrutate nel perimetro segnato dal ricorso introduttivo e considerando che l'accertamento delle condizioni di superamento delle violazioni accertate è espressione di discrezionalità tecnica (non amministrativa). Accertati infatti i presupposti le stazioni appaltanti ammettono gli offerenti che hanno adottato idonee misure di self cleaning: l'effetto escludente o meno non dipende quindi da una scelta discrezionale, piuttosto la discrezionalità (tecnica) permea la valutazione dei presupposti della fattispecie rimediale. Nondimeno la sussistenza degli elementi della fattispecie, cioè dell'adozione di misure correttive sufficienti per evitare il ripetersi dell'irregolarità avente portata escludente e dell'idoneità delle stesse a dimostrare l'affidabilità malgrado l'esistenza di una causa di esclusione pertinente, è apprezzabile dalla stazione appaltante sulla base di conoscenze che non attribuiscono certezza all'accertamento svolto, essendo basate sulla valutazione di plurime circostanze, passibili di non univoca interpretazione e oggetto pertanto di un'attività connotata da discrezionalità tecnica.

L'Amministrazione svolge detto accertamento sulla base di un giudizio di verosimiglianza basato, sul piano probatorio, sul criterio del “più probabile che non”, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio (Cons. St., sez. III, 21 luglio 2023 n. 7163).

L'attività espressione di discrezionalità tecnica è sindacabile da questo Giudice quanto alla sussistenza dei presupposti di fatto e al percorso logico-giuridico seguito, appunto basato sul criterio del “più probabile che non”, con il limite di non poter sostituire una valutazione opinabile con altra valutazione opinabile. Sicché, in presenza di due valutazioni opinabili, entrambe verosimili, questo Giudice non può preferire una valutazione rispetto all'altra (prescelta dalla stazione appaltante)” (Cons. St., sez. V, 3 giugno 2024, n. 4929).

In sintesi, quindi, la valutazione amministrativa dell'idoneità della misura di self-cleaning pertiene alla sfera di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, una discrezionalità tecnica che involge aspetti altamente incerti ed

opinabili (fondati sul canone del “più probabile che non”), sicchè il sindacato giudiziale di tale discrezionalità può investire (nei limiti segnati dal ricorso introduttivo) soltanto i presupposti di fatto e il percorso logico-giuridico seguito dall’Amministrazione, ma non può estendersi fino a preferire una valutazione opinabile rispetto ad un’altra.

18.3. Fermo quanto precede, il Collegio ritiene necessaria un’ulteriore premessa generale che attiene alla *ratio essendi* delle misure di self-cleaning.

La disciplina nazionale e unionale in materia di misure di self-cleaning – quale risultante dal quadro normativo applicabile *ratione temporis* al caso di specie (e cioè il quadro normativo del previgente codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 50 del 2016) – ruota intorno al concetto di “idoneità” della singola misura a prevenire ulteriori reati o illeciti (cfr. art. 80 co. 7 d.lgs. n. 50 del 2016) o comunque al concetto di “sufficienza” dimostrativa dell’affidabilità professionale del singolo operatore economico (cfr. art. 57, co. 6, della direttiva 24/2014/UE).

In particolare:

- a livello unionale l’art. 57, co. 6, direttiva 24/2014/UE dispone che *“Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d’appalto. A tal fine, l’operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti?”*;

- a livello nazionale l’art. 80, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che

“Un operatore economico, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l’attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”; il comma 8 della suddetta disposizione dispone che *“Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l’operatore economico non è escluso dalla procedura d’appalto; viceversa dell’esclusione viene data motivata comunicazione all’operatore economico”*, con la conseguenza che il legislatore nazionale ha rimesso alla stazione appaltante la valutazione discrezionale sulle misure di cui al comma 7.

Va da sé che il punto nevralgico della scelta discrezionale della stazione appaltante – ogniqualvolta essa sia chiamata a valutare le misure di self-cleaning che sono state adottate per ovviare ad un motivo escludente rappresentato da un grave illecito professionale – è uno soltanto, ovverossia l’idoneità complessiva di tali misure a garantire l’affidabilità professionale del singolo operatore economico, nonché a prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Ritiene il Collegio che tale idoneità – proprio perché rimessa al prudente apprezzamento discrezionale della stazione appaltante – può evincersi da molteplici e variegati elementi che possono assumere natura cangiante a seconda delle peculiarità fattuali di ciascuna concreta fattispecie.

In tale ottica, pertanto, il Collegio ritiene doveroso precisare che l’“idoneità” oggettiva della misura di self-cleaning può essere concretamente apprezzata dalla stazione appaltante ora valorizzando la sua concreta incisività, ora valorizzando la sua estensione applicativa, ora valorizzando anche altri profili

come ad esempio quello della sua *tempestività*.

Più in particolare, il Collegio rileva che la *tempestività* della misura di self cleaning non rappresenta un connotato autonomo e distinto rispetto a quello della sua *idoneità*, bensì semmai un elemento costitutivo di quest'ultima.

Non può esservi misura di self cleaning oggettivamente idonea a ripristinare l'affidabilità professionale del singolo operatore economico ove essa sia adottata tardivamente al solo fine di rimanere in gara (a meno che il ritardo dipenda da fattori esterni non imputabili a detto operatore).

In definitiva, quindi, la misura di self cleaning è concretamente "idonea" (e quindi atta a ripristinare la credibilità professionale del singolo operatore economico) soltanto se adottata spontaneamente in tempi non sospetti, e non invece in circostanze estreme al solo fine di conservare la partecipazione alla gara.

Quanto precede risulta vieppiù confermato – in una prospettiva di interpretazione evolutiva – anche dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) il cui art. 96, comma 6, dispone che "*Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione*".

18.4. Poste tali premesse, nel caso di specie Consip ha compiuto una valutazione di inadeguatezza delle misure di self-cleaning che appare sostanzialmente immune da censure.

Mette conto osservare, infatti, che le censure della ricorrente sono prevalentemente polarizzate sul fatto che -OMISSIS- -OMISSIS- avrebbe rimosso il sig. -OMISSIS- dall'incarico di Presidente del CDA ben prima del provvedimento di esclusione del -OMISSIS- qui impugnato, segnatamente in data 29 novembre 2023 (poco più di 2 mesi dopo il decreto del 8 settembre 2023 con cui è stato disposto il controllo giudiziario di -OMISSIS- -OMISSIS-

S.p.A.), ciò che eliderebbe in tesi il motivo d'esclusione che ha colpito la ricorrente.

Il rilievo non appare perspicuo, tenuto conto che il provvedimento di revoca dell'incarico di Presidente del CDA di -OMISSIS- -OMISSIS- del *29 novembre 2023* – come correttamente rilevato dal provvedimento impugnato – è stato adottato soltanto a valle della comunicazione del -OMISSIS- con cui Consip aveva avviato il procedimento di esclusione.

Tale circostanza dimostra, come condivisibilmente apprezzato da Consip, che la rimozione in data 29 novembre 2023 del sig. -OMISSIS- - lungi dal costituire un ravvedimento operoso e spontaneo della ricorrente rispetto al provvedimento giudiziario del GIP del 8 settembre 2023 (e in particolare rispetto ai gravi fatti da esso accertati) - ha rappresentato soltanto una “risposta” al rischio di esclusione dalla gara.

La valutazione di Consip secondo cui detta rimozione appare prevalentemente finalizzata a conservare l'aggiudicazione della gara (piuttosto che ad evitare che la gestione dell'azienda sia affidata a soggetti professionalmente inaffidabili) appare quindi non manifestamente irragionevole.

La tardività di detta rimozione può essere vieppiù apprezzata ove si consideri che – come rilevato dal provvedimento di Consip – i capi di accusa mossi all'indirizzo di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. con provvedimento giudiziario del 8 settembre 2023 scaturiscono da un procedimento penale avviato ben prima di tale data.

Non può essere sottaciuta, inoltre, la circostanza che i fatti veicolati dal provvedimento giudiziario del 8 settembre 2023 sono immediatamente esplicativi dei gravi illeciti compiuti ai danni del personale di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A. (e ciò a prescindere dalla loro rilevanza penale o meno), sicchè non v'è margine per sostenere che la rimozione dall'incarico dovesse

essere necessariamente preceduta da complesse e defatiganti valutazioni discrezionali.

Né ha alcun rilievo il fatto che la ricorrente abbia dovuto da un lato revocare anche il sig.-OMISSIS- e, dall'altro lato, modificare il modello di amministrazione.

Non si tratta, infatti, di adempimenti che obiettivamente impediscano alla ricorrente (nel lasso temporale di circa 3 mesi intercorso tra inizio settembre 2023 e fine novembre 2023) di adottare subitanee iniziative atte a revocare dall'incarico di presidente di CDA un soggetto che si è reso responsabile (in veste di amministratore delegato di un'altra società del gruppo) di quei gravi fatti che come visto sono emersi in sede penale.

Mette conto osservare, inoltre, che Consip non si è limitata ad apprezzare soltanto il fatto (atomisticamente considerato) della tardività della rimozione del sig. -OMISSIS- dall'incarico di Presidente del CDA di -OMISSIS- -OMISSIS- (e della sua "tattica" consequenzialità rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento di esclusione); ciò in quanto alla considerazione di tale fatto si è accompagnata anche la valutazione degli stretti rapporti esistenti tra le società del gruppo -OMISSIS-, valutazione che ha condotto Consip a ritenere – in base ad un apprezzamento discrezionale inevitabilmente contrassegnato da un elevato margine di opinabilità – che le misure di self-cleaning adottate da -OMISSIS- -OMISSIS- non fossero completamente ripristinatorie della sua piena affidabilità e integrità professionale.

Si tratta di un apprezzamento che, per quanto opinabile, non è tuttavia viziato né nei suoi presupposti di fatto, né nel suo intrinseco percorso logico-argomentativo.

Ciò che impedisce al Collegio - in ossequio alle coordinate giurisprudenziali sopra tratteggiate - di rilevarne qualsiasi difetto motivazionale.

Si aggiunga che un'ulteriore conferma della non manifesta irragionevolezza dell'apprezzamento che Consip ha espresso sulle misure di self cleaning si ricava, *ex post*, dalle nuove circostanze emerse in corso di causa, atteso che dopo la notifica dell'odierno ricorso anche l'altro consigliere di amministrazione di -OMISSIS- -OMISSIS- rimasto in carica (divenuto poi Presidente del CDA al posto del sig. -OMISSIS- dopo la sua rimozione) è stato successivamente raggiunto da misure cautelari interdittive: ciò, peraltro, sempre per fatti attinenti alle violazioni giuslavoristiche poste in essere anche dai precedenti amministratori rimossi (*id est* estorsione e caporalato).

Il che conferma che la tardiva rimozione del sig. -OMISSIS- dalla carica di Presidente di CDA di -OMISSIS- -OMISSIS- non è evidentemente bastata ad eliminare definitivamente le situazioni inquinanti che erano già emerse all'interno delle società del Gruppo.

In tale contesto generale, pertanto, la valutazione di insufficienza che Consip ha discrezionalmente fatto delle ulteriori residue misure di self-cleaning (segnatamente l'azione civile di risarcimento danni che -OMISSIS- -OMISSIS- ha intrapreso nei confronti del sig. -OMISSIS-, nonché l'incarico di consulenza che sempre la ricorrente ha affidato ad una società esterna per verificare la corretta fruizione delle ferie per ciascuno dei propri 370 dipendenti) – per quanto opinabile – non appare inficiata da alcun palese difetto di motivazione, posto che tali iniziative non sono evidentemente risolutive ai fini di un completo recupero di affidabilità professionale.

19. Il provvedimento impugnato (nella parte in cui lo stesso estende per “contagio” alla ricorrente i gravi illeciti professionali compiuti dal sig. -OMISSIS- in veste di Presidente di CDA di -OMISSIS- -OMISSIS- S.p.A.) resiste anche alla censura articolata con il 4° motivo di ricorso.

A nulla rileva, infatti, l'asserito autovincolo previsto dall'art. 6 del Disciplinare

di Gara, atteso che tale autovincolo – quand’anche configurabile – varrebbe soltanto per il motivo di esclusione *ex art. 80, co. 5, lett. a)*, d.lgs. n. 50 del 2016, e non anche per la diversa causa escludente di cui all’art. 80, co. 5, *lett. c)*, d.lgs. n. 50 del 2016 (*id est* il grave illecito professionale), essendo soltanto quest’ultima la fattispecie espulsiva che Consip ha invocato ai fini del c.d. “contagio”.

20. Ugualmente infondato, inoltre, è anche il 6° motivo di ricorso con cui l’odierna ricorrente si duole di una presunta violazione del principio del *ne bis in idem* per avere Consip escluso dalla medesima gara due entità giuridiche autonome (-OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS-) per gli stessi identici fatti, fatti che -OMISSIS- -OMISSIS- - peraltro - non avrebbe neppure concorso a realizzare.

La censura non può essere favorevolmente apprezzata per due ordini di motivi:

a) in primo luogo perché il provvedimento di esclusione dalla gara non ha – come noto – alcuna natura sanzionatoria o punitiva (per tutte si veda Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2015, n. 4502, in una fattispecie relativa ad un’esclusione motivata dalla inaffidabilità dell’operatore economico), sicché esso non può sottostare al principio del *ne bis in idem*;

b) in secondo luogo perché il principio del *ne bis in idem* presuppone non soltanto l’unicità del fatto sanzionato ma anche l’unicità del soggetto che realizza tale fatto, ciò che non è nel caso di specie, tenuto conto dell’alterità soggettiva di -OMISSIS- S.p.A. e -OMISSIS- -OMISSIS-.

21. Parimenti infondato, infine, è anche il 7° mezzo di censura incentrato sull’atto di escussione della garanzia provvisoria.

A nulla rileva, infatti, al fine di contestare l’incameramento della garanzia provvisoria, il fatto che il motivo d’esclusione origini da condotte che il sig. -

OMISSIS- ha posto in essere per conto di altre società del gruppo (diverse dall'odierna ricorrente).

In base all'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis*, infatti, l'escussione della garanzia provvisoria è subordinata a qualsiasi «*fatto riconducibile all'affidatario*» o all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, quindi a prescindere dal dolo o colpa dell'affidatario (Consiglio di Stato sez. IV 4 gennaio 2022 n. -OMISSIS-; Consiglio di Stato sez. V 4 maggio 2017 n. 2041).

In particolare, la locuzione «*fatto riconducibile all'affidatario*» esprime un collegamento meramente eziologico fra un «*fatto*» dell'affidatario e la «*mancata sottoscrizione del contratto*», richiamando dunque una concezione meramente oggettiva dei presupposti per l'applicazione dell'escussione, a cui è estranea ogni valutazione circa la colpevolezza di tale «*fatto*».

Peraltro, la scelta della locuzione «*fatto*», anziché dell'espressione «*atto*», rafforza vieppiù questa conclusione, posto che nel linguaggio tecnico-giuridico il «*fatto*» rimanda ad un mero accadimento materiale (dunque anche ad un'azione umana, ma vista esclusivamente nel suo portato materiale e nella sua natura oggettiva), senza alcuna rilevanza del sotteso assetto volontaristico del soggetto, che è invece proprio dell'«*atto*» in senso stretto.

Orbene, nel caso di specie i fatti accertati a carico del sig. -OMISSIS- sono materialmente imputabili all'odierna ricorrente in ragione della teoria del contagio sopra menzionata, a nulla rilevando dunque l'eventuale assenza di colpa dell'odierna ricorrente.

22. Per tutto quanto sopra esposto, pertanto, gli odierni ricorsi introduttivi vanno respinti in quanto infondati. Il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- S.p.a. va invece dichiarato inammissibile.

23. Ciò chiarito, corre l'obbligo di precisare che il Collegio, nel rispetto delle

disposizioni sulla sinteticità degli atti processuali (artt. 3, comma 2 e 120, comma 10, c.p.a.) e dei principi della domanda (art. 39 e art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 34, comma 1, c.p.a. e art. 112 c.p.c.), ha esaminato tutte le questioni e le censure evocate nei gravami, ritenendo che eventuali profili non scrutinati in modo espresso siano comunque da respingere alla luce della motivazione complessivamente resa oppure che non siano rilevanti per la soluzione della causa (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

24. La complessità della controversia e la natura delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, respinge i ricorsi introduttivi e dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- S.p.a.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanna Vigliotti, Primo Referendario

Michele Tecchia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Michele Tecchia

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.