

Pubblicato il 17/09/2018

N. 05424/2018REG.PROV.COLL.  
N. 02569/2018 REG.RIC.  
N. 02595/2018 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2569 del 2018, proposto da Romeo Gestioni s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'A.t.i. costituenda con il Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

***contro***

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via

Vittoria Colonna, 40;

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina n.48;

Atradius Credito Y Caucion S.A. De Seguros Y Reasegueros Q.Le Incorporante di Atradius Credit Insurance Bv, Olimpia Agency s.p.a., Elite Insurance Company Ltd - Rappresentanza Generale per L'Italia, Consorzio Servizi Integrati, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2595 del 2018, proposto da Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Piazza e Gennaro Terracciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, 101;

*contro*

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

Team Service s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Avilio Presutti in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

Romeo Gestioni s.p.a., Atradius Credit Insurance n.V., Elite Insurance Company Ltd, Olimpia Agency s.p.a., Consorzio Leonardo Servizi e Lavori, Consorzio Servizi Integrati, RTI Geico Lender s.p.a., RTI Combustibili Nuova Prenestina s.p.a., Rti Gruppo Ecf s.p.a., Rti Hitrac Engineering Group s.p.a., Rti Simalt s.r.l., Rti Società Nazionale Appalti Manutenzioni Lazio Sud Snam s.r.l. non costituiti in giudizio;

Team Service s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Avilio Presutti in Roma, piazza San Salvatore in Lauro, 10;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II, n. 1092/2018, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a., dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, del Consorzio Leonardo Servizi e Lavori e di Team Service s.c.a.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Team Service s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Ferola, Lipani, Sbrana, Presutti, Orlando, Terracciano, Lipani e Avilio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.- Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. S 058-097604 del 22 marzo 2014, Consip s.p.a. indiceva, ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*) una procedura aperta – suddivisa in n. 18 lotti geografici – “*per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle*

*Istituzioni Universitarie Pubbliche ed agli Enti ed Istituti di Ricerca (ID SIGEF: 1299)*”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura prendeva parte, tra gli altri, il RTI costituito tra la mandataria Romeo Gestioni S.p.A. e il mandante Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010, il quale si collocava al primo posto nella graduatoria dei lotti nn. 3, 13 e 18 e al secondo posto nella graduatoria relativa al lotto n. 10.

Pendente la gara, in data 22 febbraio 2017, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma comunicava alla Consip che un dipendente della stessa – segnatamente, il Sig. Marco Gasparri, Direttore *Sourcing Servizi e Utility* – era stato sottoposto ad indagini nell’ambito del procedimento penale n. 16/57688 R.G.N.R., per i reati di cui agli artt. 318, 319, 321, 110 e 81, secondo comma, Cod. pen..

All’esito delle indagini, il 30 maggio 2017 il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Roma, accogliendo la richiesta del Pubblico Ministero, disponeva, nei confronti dello stesso Gasparri, nonché di Alfredo Romeo – socio di minoranza della Romeo Gestioni s.p.a. e tuttavia, come riportato nell’ordinanza applicativa di misura interdittiva emessa a carico della Società il 31 maggio 2017, “*dominus e organo apicale di fatto della società*” – il giudizio immediato, fissando l’udienza al 19 ottobre 2017.

Esaminati gli atti del procedimento penale, con nota prot. n. 15437 del 16 giugno 2017, a firma dell’Amministratore Delegato, la stazione appaltante disponeva l’esclusione del Raggruppamento dalla procedura, all’uopo rappresentando che, dalla complessiva e compiuta disamina della documentazione acquisita (e segnatamente: *a*) dalla misura cautelare disposta il 28 febbraio 2017 dal G.I.P. a carico di Alfredo Romeo; *b*) dall’ordinanza applicativa di misura interdittiva emessa dal medesimo G.I.P. nei confronti della società in data 31 maggio 2017; *c*) dai verbali degli interrogatori resi dal Gasparri il 16 dicembre 2016 e il 28 gennaio 2017; *d*) dal verbale dell’incidente probatorio cui lo stesso era stato sottoposto l’8 maggio 2017), era emerso che il ridetto Gasparri aveva “*confermato [...] di avere – in cambio di corresponsione di somme di denaro il cui complessivo importo*

[era] stimato, per il periodo 2012-2016, in € 100.000,00 – comunicato al Sig. Alfredo Romeo – dominus della Romeo Gestioni S.p.A. [...] informazioni riservate, nonché suggerito – in ragione delle proprie conoscenze in virtù del ruolo ricoperto in Consip – il contenuto delle offerte e dei successivi chiarimenti richiesti ai fini dell’assegnazione della gara ovvero per evitare di incorrere in inadempienze piuttosto che in risoluzioni contrattuali?”.

A sostegno dell’esclusione, la stazione appaltante evidenziava che “la gravità del comportamento tenuto dalla Romeo Gestioni [appariva] di particolare rilievo, poiché denota[va] una condotta improntata non già solo a negligenza o imperizia [...], ma ad una volontaria propensione ad alterare il gioco della concorrenza nell’ambito delle gare pubbliche bandite da Consip, tra cui [...] la gara FM4, pregiudicando, sul piano obiettivo, l’interesse pubblico alla selezione del miglior contraente e, sul piano soggettivo, qualificando come oggettivamente inaffidabile l’eventuale aggiudicatario che a tale condotta scorretta [aveva] dato causa”.

In tale contesto, la dichiarazione resa al punto 4 della “Dichiarazione necessaria per l’ammissione alla gara” (di aver preso piena conoscenza della documentazione di gara, prendendo atto e accettando le norme che regolavano la procedura di gara e, quindi, l’aggiudicazione e l’esecuzione della Convenzione) si appalesava, altresì, “mendace in relazione alle specifiche condotte poste in essere antecedentemente alla presentazione delle offerte volte ad acquisire dal Sig. Gasparri suggerimenti e indicazioni utili per la predisposizione delle stesse”.

L’esclusione del Raggruppamento veniva, quindi, disposta “per violazione del disposto dell’art. 38, comma 1, lettera f) secondo periodo del D.Lgs. 163/2006, dell’art. 68 R.D. n. 827 del 1924, nonché dell’art. 38, comma 2, del D.Lgs. 163/2006”, con pedissequa comunicazione (con

nota prot. n. 16393 del 26 giugno 2017) all'Autorità Nazionale Anticorruzione.

2.- Con ricorso notificato in data 17 luglio 2017, la Romeo Gestioni s.p.a. e il Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010 insorgevano dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio avverso l'esclusione, di cui lamentavano la complessiva illegittimità, invocandone l'annullamento.

Si costituiva in giudizio la società Team Service s.c.a.r.l. – collocatasi al secondo posto della graduatoria relativa ai lotti nn. 3, 7, 11 e 18 della Gara FM4 – proponendo ricorso incidentale, inteso a contestare l'illegittimità del provvedimento di esclusione assunto a carico del RTI Romeo, il quale avrebbe dovuto asseritamente sorretto da ulteriori ragioni rispetto a quelle ivi valorizzate.

Con atto notificato il 13 settembre 2017, Romeo Gestioni e il Consorzio formalizzavano motivi aggiunti, preordinati alla contestazione del parere reso dall'ANAC con propria nota prot. n. 0047581 del 30 marzo 2017, nonché della nota della stessa Autorità prot. n. 0092209 del 17 luglio 2017.

Ulteriori motivi aggiunti venivano proposti in data 26 settembre 2017, avverso la nota prot. n. 0110261 del 22 settembre 2017, con la quale l'ANAC aveva comunicato l'avvio del procedimento di annotazione nel Casellario Informativo del provvedimento di esclusione dalla Gara FM4.

Con ultimi motivi aggiunti notificati in data 2 novembre 2017, Romeo Gestioni e il Consorzio contestavano l'avvenuta escussione delle cauzioni provvisorie rilasciate ai fini della partecipazione alla gara.

3.- Con sentenza n. 1092 del 30 gennaio 2018, il Tribunale amministrativo: *a)* dichiarava inammissibile la domanda di annullamento degli atti adottati dall'ANAC; *b)* dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto da Team Service; *c)* rigettava integralmente il ricorso e gli annessi motivi aggiunti.

4.- Proponevano distinto appello Romeo gestioni s.p.a. e il Consorzio, lamentando – con plurimo, articolato motivo di gravame – la complessiva erroneità ed ingiustizia della sentenza ed invocandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio, per resistere, Consip s.p.a., l'Autorità Nazionale Anticorruzione, il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori e la società Team Service, la quale ultima articolava appello incidentale, reiterando le ragioni rimaste assorbite dalla declaratoria di improcedibilità del proprio ricorso incidentale di prime cure.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 14 giugno 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

## DIRITTO

1.- Gli appelli – di cui occorre disporre la riunione, in quando indirizzati avverso la medesima sentenza (art. 96, comma 1, Cod. proc. amm.) e che possono, per sostanziale comunanza, di là non rilevanti sfumature argomentative, di approccio critico, essere esaminati congiuntamente – sono infondati e meritano di essere respinti. L'appello incidentale è improcedibile.

2.- Con il primo motivo di doglianza, si lamenta l'erroneità della sentenza gravata, nella parte in cui ha ritenuto inammissibile l'impugnativa degli atti adottati dall'ANAC, stante la carenza di lesività degli stessi.



Nella prospettiva critica degli appellanti, la motivazione addotta dal primo giudice potrebbe, al più, cogliere nel segno ove riferita al parere in data 30 marzo 2017 (di cui, del resto, si era dedotta la violazione da parte di Consip), ma apparirebbe ingiustificata in relazione alla successiva nota del 22 settembre 2017, con cui l'ANAC aveva preannunciato la iscrizione nel casellario: e ciò in quanto la inequivoca anticipazione della prospettica iscrizione era stata elaborata e formalizzata senza tenere conto né della sospensione (contestuale alla irrogazione) della misura interdittiva a carico di Romeo Gestioni né della revoca della stessa misura disposta dal Tribunale di Roma in data 1° agosto 2017.

Con ciò, l'ANAC si sarebbe limitata a recepire, in termini obiettivamente lesivi, l'assunto di Consip circa presunte “*informazioni riservate*”, senza prendere in esame le risultanze dell'incidente probatorio in data 8 maggio 2017 del funzionario Consip Gasparri, in cui lo stesso autore della chiamata in correità di Alfredo Romeo ne aveva, in fatto, smentito l'esistenza.

2.1.- La doglianza non è fondata.

Vale premettere, avuto riguardo alla scansione procedimentale di cui alla narrativa che precede, che l'Autorità anticorruzione ha adottato, in relazione alla vicenda procedimentale per cui è causa, tre determinazioni, tutte impugnate dalle appellanti con appositi motivi aggiunti:

a) il parere del 30 marzo 2017 prot. 4758, con il quale, su richiesta di Consip, veniva illustrata, in termini generali, la disciplina inerente l'art. 38, comma 1, lettere c) e f) del d.lgs. 163/2006, demandando ogni valutazione alla stazione appaltante in ordine al possesso dei requisiti morali in capo alle imprese concorrenti;

b) la nota prot. 92209 del 17 luglio 2017, con la quale il Presidente dell'Autorità aveva chiarito, all'esito di apposita richiesta formulata dalle imprese estromesse, che, stante l'annullamento dell'aggiudicazione, non rientrava nelle proprie competenze la valutazione delle determinazioni assunte in autotutela dalla stazione appaltante;

c) la nota prot. 110261 del 22 settembre 2017, con la quale è stata data comunicazione di avvio del procedimento di annotazione nel casellario informatico.

2.2.- In ordine alle prime due determinazioni, non sussistono perplessità circa l'inammissibilità della relativa impugnazione.

Quando l'ANAC esprima un parere nell'esercizio della sua funzione di vigilanza, riconducibile all'art. 6 d.lgs. n. 163 del 2006 vigente *pro tempore* (come integrato dall'art. 19, commi 1 e 23 d.-l. n. 90 del 2014, convertito dalla l. n. 114 del 2014) , formula un atto che *non incide direttamente sulla posizione giuridica specifica dell'interessato ma si rivolge unicamente alla stazione appaltante* affinché essa assuma tutti i provvedimenti che l'ordinamento le consente, motivando la sua scelta, sia se conforme a quella suggerita (eventualmente con modalità *per relationem*), sia se difforme. Il richiamo al carattere dichiaratamente non vincolante del *parere* conferma che la figura istituzionale cui il *parere* è indirizzato ben può discostarsene, seppure con congrua motivazione.

Ne consegue che la concreta lesività del *parere* si manifesta solo se sia trasposto o richiamato nell'atto conclusivo del procedimento che dispone in senso negativo per il destinatario. Lo stesso non è, in principio, sottratto al sindacato giurisdizionale. Che però è differito al momento in cui si dà luogo alla lesione della posizione giuridica

soggettiva dell'interessato da parte dell'organo istituzionale competente ad intervenire sulla situazione concreta (cfr. Cons. Stato, VI, 3 maggio 2010, n. 2503).

Peraltro, nel caso di specie, le due determinazioni si atteggiavano non quali atti *endoprocedimentali* (idonei, nei sensi chiariti, ad assumere connotazione lesiva una volta trasfusi e recepiti nella conclusiva determinazione provvedimento), ma addirittura come atti *semplicemente interlocutori*, preordinati alla *mera ed astratta* illustrazione di principi di carattere generale, intesi ad orientare la successiva azione amministrativa, integralmente rimessa all'autonomo apprezzamento della stazione appaltante.

Bene ha dunque deciso il primo giudice sulla natura non lesiva degli stessi atti e la pregiudiziale inammissibilità, per carenza di interesse, della relativa impugnazione.

2.3.- Valutazione in parte diversa, ma con esito analogo, va condotta per la successiva nota del 22 settembre 2017, di avvio del procedimento di annotazione nel casellario in conseguenza della segnalazione di Consip pervenuta il 26 giugno 2017.

In questo caso, l'autonoma ed immediata attitudine lesiva viene argomentata dalle appellanti sul presupposto della dichiarata attitudine "*anticipatoria della successiva e conforme iscrizione*".

Si tratta di assunto non condivisibile: come atto meramente preparatorio, preordinato alla mera partecipazione, in funzione contraddittoria, di avvio del procedimento (*ex artt 7 ss. l. n. 241 del 1990*) è privo di immediata lesività, come tale destinata prospettivamente (ed eventualmente) a concentrarsi solo sulla (preannunciata) iscrizione (cfr., in termini, Cons. Stato, V, 6 marzo 2013, n. 1370 e IV, 4 maggio 2012, n. 2579).

3.- Con distinto motivo, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui – disattendendo il primo motivo del ricorso introduttivo di prime cure – ha ritenuto il censurato provvedimento di esclusione ritualmente adottato dall'Amministratore Delegato di Consip, anche senza la preventiva proposta, asseritamente e vincolativamente imposta dallo Statuto, della Commissione giudicatrice.

3.1.- Il motivo non è fondato.

Vale premettere che, per condiviso intendimento (cfr. Cons. giust. amm. Regione Siciliana, 14 aprile 2016, n. 95), l'apprezzamento della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della norma dell'art. 38, lett. *f*), d.lgs. n. 163 del 2006 e l'adozione delle consequenziali determinazioni compete alla stazione appaltante e non già alla commissione di gara.

Lo si desume:

- a) sul piano letterale*, dallo stesso tratto testuale della norma, la quale rimette alla “*motivata valutazione della stazione appaltante*” (e non, appunto, della commissione) le determinazioni espulsive conseguenti all'accertamento della carenza dei requisiti di ordine generale;
- b) sul piano teleologico*, dal rilievo che solo la prima, in quanto intestataria dell'interesse alla verifica delle condizioni per una corretta esecuzione delle prestazioni da affidare, è in grado di considerare i precedenti rapporti negoziali e di valutare se il fatto pregresso abbia concretamente reso inaffidabile l'operatore economico;
- c) sul piano sistematico*, dal fatto che le valutazioni *in re* chiamano in causa il rapporto fiduciario che dovrebbe instaurarsi tra l'impresa e l'Amministrazione, destinato a connotare, sin dal momento genetico,

i rapporti contrattuali di appalto pubblico (cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2008, n. 1716).

Ciò posto, la regola statutaria approvata, nell'esercizio della propria autonomia, di carattere prettamente privatistico, da Consip – che, in ordine alle modalità di esercizio del potere di esclusione, prevede la previa adozione di una “*proposta*” da parte della Commissione giudicatrice – va acquisita nel senso della sua *rilevanza puramente interna*, insuscettibile di alterare l'inderogabile ordine legale delle competenze.

Se, invero, come pretenderebbe l'appellante, ogni esclusione fosse necessariamente subordinata alla formulazione di una necessaria (e condizionante) “proposta” da parte della Commissione, l'organo decisionale vedrebbe implausibilmente limitati e compressi, per atto negoziale, i poteri che ha per legge.

È quel che la sentenza appare affermare parlando di “recessività” della regola statutaria rispetto a quella legale: che è valutazione esatta, che si sottrae, con ciò, alle formulate doglianze.

4.- Con distinto mezzo, l'appellante censura la sentenza nella parte in cui – avuto riguardo al disatteso motivo di doglianza, con il quale aveva lamentato il difetto di motivazione correlato all'acritico recepimento delle risultanze delle indagini preliminari, con conseguente, abusiva commistione tra l'ipotesi di cui alla lett. *c)* e quella di cui alla lett. *f)* dell'art. 38 – aveva ritenuto preclusa, in sede di sindacato giurisdizionale, la possibilità di contrapporre un autonomo giudizio di affidabilità professionale a quello autonomamente apprezzato, nell'esercizio della sua discrezionalità, dalla stazione appaltante.

A suo dire, si tratterebbe di duplice errore, posto che: *a)* per un verso, il motivo, per come formulato, non aveva preteso di sollecitare, in giudizio, una difforme valutazione di merito; *b)* per altro verso, abnorme risultava l'affermazione di inammissibilità del sindacato sulla sussistenza di un'adeguata motivazione, in un caso in cui, a suo dire, la valorizzazione delle risultanze degli accertamenti in sede penale sarebbe stata passiva ed acritica.

4.1.- La doglianza non ha fondamento.

Come è noto (cfr., per tutte, Cons. Stato, V, 13 luglio 2017, n. 3444), l'esclusione dalla gara d'appalto prevista dall'art. 38, comma 1, lett. *ff*), d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (pacificamente applicabile *ratione temporis* alla gara in contestazione) si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico; con la conseguenza che, ai fini dell'esclusione di un concorrente, è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla “grave negligenza o malafede” del concorrente, che abbia fatto ragionevolmente venir meno la fiducia nell'impresa.

Si tratta di un potere discrezionale, soggetto al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.

Perciò il giudice amministrativo, posta la ragionevole opzione legislativa di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di ritenuta inaffidabilità dell'impresa, deve prendere atto, nello scrutinio di un uso distorto di tale rifiuto, della scelta di rimettere alla stazione appaltante l'individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso o futuro contraente: onde il relativo il sindacato, propriamente incentrato sulla *motivazione* del rifiuto, va rigorosamente

mantenuto sul piano della verifica *estrinseca* della *non pretestuosità* della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica *intrinseca* di vera e propria *condivisibilità* della valutazione.

Alla luce di ciò, nel caso di fatti oggetto di verifica in sede penale e oggetto di una pronuncia di condanna (nel qual caso sarebbe destinato ad operare il più severo meccanismo espulsivo prefigurato all'art. 38), lett. *c*), è necessario e sufficiente che l'Amministrazione dia adeguato conto: *a*) di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova; *b*) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro *pertinenza* e *rilevanza* in ordine all'all'apprezzamento di *integrità morale* e *affidabilità professionale* del concorrente.

Ai detti oneri motivazionali, come condivisibilmente accertato dal primo giudice, non si è sottratta, nel caso di specie, la stazione appaltante.

5.- Con distinto mezzo, l'appellante censura la sentenza per aver ritenuto imputabili alla Romeo Gestioni, di cui Alfredo Romeo era semplice socio di minoranza, le condotte oggetto di accertamento, a carico di quest'ultimo, in sede penale.

Erroneo, sotto questo profilo, sarebbe l'assunto del primo giudice, secondo cui la nozione di operatore economico sottesa all'art. 38, comma 1, lettera *f*), del *Codice* deve ritenersi estesa a tutti i soggetti facenti parte della compagine societaria dell'impresa concorrente: e ciò in quanto lo stesso art. 38, laddove ha inteso circoscrivere la sussistenza dei requisiti di moralità solo in capo a determinati soggetti, lo ha fatto espressamente (cfr. lettere *b*, *c*) ed *m-ter*)

5.1.- Il motivo non convince.

Anzitutto, sotto un profilo *di diritto*, la circostanza che l'art. 38, comma 1, del *Codice*, in relazione a talune delle cause di esclusione ivi previste – e, segnatamente, quelle di cui alle lettere *b)*, *c)* e *m-ter)* – individui specificamente gli esponenti dei soggetti nei cui confronti va accertato il possesso dei requisiti di moralità (e ciò con evidente riguardo al carattere personale della responsabilità penale ivi presa in considerazione) induce a ritenere, *a contrario*, che, nelle diverse fattispecie contemplate dal citato art. 38, ivi compresa quella di cui alla lettera *f)*, a rilevare sia invece *la condotta del concorrente latamente inteso*, con l'ovvia conseguenza che la verifica circa la sussistenza delle cause di esclusione potrebbe legittimamente essere estesa all'intera compagine azionaria dell'impresa concorrente, a prescindere dalla entità delle singole quote di partecipazione al capitale sociale.

Inoltre, sotto un profilo *di fatto*, non può non darsi rilievo alla duplice circostanza (obiettiva ed incontestata la prima; opinabile, ma vagliata in termini di plausibilità in sede di accertamento penale, la seconda) per cui:

*a)* Alfredo Romeo, seppure socio di minoranza (con una quota pari al 10%) della Società, possiede il 97,89% del capitale sociale della Romeo Partecipazioni s.p.a., la quale, a sua volta, è socio di maggioranza della Romeo Gestioni, di cui detiene il 90% del capitale sociale;

*b)* lo stesso avrebbe agito come amministratore *di fatto* della Romeo Gestioni, rivestendo posizioni idonee “*a fondare quel rapporto di immedesimazione organica dal quale scaturirebbe la responsabilità ai sensi dell'art. 185 c.p.*”

Orbene, questo Consiglio di Stato si è già espresso nel senso che – relativamente agli obblighi dichiarativi di cui all'art. 38, comma 1 lett.



c) del *Codice* – gli stessi incombono anche sul soggetto che, pur risultando *formalmente* socio di minoranza della società partecipante ad una pubblica gara, *ne detenga comunque il controllo indiretto* attraverso un ‘gioco’ di partecipazioni societarie (cfr. Cons. Stato. V, 28 agosto 2017, n. 4077).

Il principio può essere esteso, per identità di *ratio*, all’apprezzamento delle condotte di illecito professionale di cui alla successiva lettera f).

6.- Con distinto motivo di doglianza, l’appellante reitera la censura di violazione dell’art. 38, comma 1 lett. f) del *Codice*: il provvedimento di esclusione – nel ravvisare nelle condotte esaminate dal G.I.P. un “*illecito concorrenziale*” – ne avrebbe operato una arbitraria ed estensiva riconduzione alla fattispecie del “*grave errore professionale*”, con ciò operando una surrettizia sovrapposizione tra la causa escludente di cui alla lett. c), la cui operatività è subordinata alla (garanzia di) definitività dell’accertamento penale.

La sentenza avrebbe, con ciò, trascurato di considerare che la scelta del legislatore nazionale (di per sé compatibile con l’art. 45 direttiva 2004/18/CE che, secondo Corte di Giustizia UE [IV, 14 dicembre 2016, C-171/2015, *Connexxion Taxi*; X, 10 luglio 2014 C358/2012, *Consorzio stabile Libor*], lascerebbe liberi gli Stati membri di applicare in tutto o in parte i casi di esclusione facoltativa ivi disciplinati) era stata di non includere il c.d. *illecito concorrenziale* tra i casi di esclusione, che andrebbe, con ciò, ritenuto – in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale – estraneo alle procedure evidenziali celebrate, come quella di specie, sotto l’impero del *Codice* previgente.

6.1.- Il motivo non è fondato.

Occorre dare atto, in premessa che la circostanza che il c.d. *illecito anticoncorrenziale* possa, in generale, essere fatto ricadere

(relativamente alle gare espletate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha ridefinito i termini della questione) entro la nozione di “*errore grave commesso nell'attività professionale*” è tutt'oggi oggetto di dibattito in seno alla giurisprudenza nazionale.

6.1.1.- Secondo un primo (e prevalente) orientamento, la clausola escludente di cui all'art. 38, comma 1 lettera *f*) – che richiama esclusivamente le ipotesi di “*esecuzione*” negligente o scorretta di “*prestazioni*” già oggetto di “*affidamento*” da parte della stazione appaltante e di “*esercizio*” gravemente erroneo della “*attività professionale*” – farebbe esclusivo riferimento alle pregresse vicende negoziali e professionali dei concorrenti, valorizzate quale sintomatiche di una complessiva *inaffidabilità* dell'impresa, idonea ad incidere prospetticamente sui *requisiti di moralità professionale* (in tale prospettiva ermeneutica si collocano, per esempio ed *ex permultis*, Cons. Stato, V, 9 maggio 2018, n. 2793; V, 14 febbraio 2018, n. 956; 4 dicembre 2017, n. 5704; V, 30 ottobre 2017, n. 4973; V, 15 giugno 2017, n. 2934; V, 4 agosto 2016, n. 3542; V, 25 febbraio 2016, n. 771; V, 21 luglio 2015, n. 3595).

Le conseguenze di tale restrittiva impostazione – che muove dalla premessa che la normativa comunitaria, con l'art. 45 direttiva 2004/18/CE, avrebbe rimesso al legislatore nazionale la scelta, non arbitraria né sproporzionata, di individuare e selezionare la rilevante tipologia di illeciti professionali, per giunta conferendo autonoma e separata considerazione alle condotte di *turbativa* – sono quelle di ritenere preclusa, a fini dell'esclusione, la valorizzazione di comportamenti *interni alla fase di gara* (*sub specie* di informazioni omesse o decettive e di condotte variamente idonee all'abusivo condizionamento dei processi decisionali della stazione appaltante).

Conclusione, a bene vedere, non necessitata *in sé*, ma giustificata dalla ulteriore premessa della *tassatività* delle cause di esclusione e dal correlato divieto di interpretazione *analogica* o anche solo *estensiva* delle relative clausole (cfr. art. 46, ult. cpv., d.lgs. n. 163 del 2006).

In siffatta prospettiva, i fatti di turbativa della correttezza della gara, sintomatici della *non integrità* morale del concorrente e della sua *inaffidabilità* sotto il profilo tecnico-professionale, potrebbero avere rilievo soltanto in correlazione alla (diversa ed autonoma) causa di esclusione (codificata alla lettera *c*), affidata al riscontro della commissione, definitivamente accertata, di gravi condotte delittuose.

6.1.2.- Altra parte della giurisprudenza (cfr., per esempio, Cons. Stato, V, 6 settembre 2017, n. 4228; V, 17 luglio 2017, n. 3493) intende la nozione di *errore professionale* comprensiva di *qualsiasi comportamento scorretto*, non necessitante di accertamento coperto da giudicato, in grado di incidere sulla credibilità professionale dell'operatore.

Tale linea interpretativa, senza smentire la tassatività dei casi di esclusione ne opera, in prospettiva *funzionale*, una interpretazione *estensiva* (seppur non analogica), ricomprendendovi tutte le condotte non solo tecnicamente caratterizzate da (grave) *negligenza adempitiva* (di suo riferita alla esecuzione di *prestazioni* necessariamente estranee alla procedura evidenziate ancora *in itinere* e, per tal via, necessariamente afferenti a vicende negoziali anteatte: cfr. art. 1176 Cod. civ.), ma anche quelle più comprensivamente ispirate a *mala fede* (di suo idonea ad operare anche nella fase *formativa* del contratto *in fieri* e parimenti, se non *maiori causa*, espressive di complessiva inaffidabilità *morale* del concorrente: cfr. art. 1175 Cod. civ., in relazione all'art. 1337).

6.1.3.- Nella consapevolezza del contrasto, il Collegio condivide, *re perpensa*, la soluzione più rigorosa, le cui argomentazioni muovono, nei sensi che seguono, da quanto rinveniente dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (cfr. sentenza 20 dicembre 2017, n. 178, in causa C-178/16, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*).

Vale, dunque, osservare:

- a) che la formulazione dell'art. 38, comma 1 lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006 concreta il recepimento, *in parte qua*, della causa di esclusione (facoltativa) di cui all'art. 45, § 2, lett. d) della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al “*Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*”, che legittima l'esclusione “*dalla partecipazione all'appalto*” di ogni operatore economico “*che nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice*”;
- b) che, rispetto alla lettera della normativa comunitaria, il tratto testuale della norma di recepimento appare più articolato e comprensivo, nella parte in cui: b1) puntualizza il dato, verisimilmente implicito nella generica regola di matrice eurocomune, che il “*grave errore professionale*” possa essere riferito anche alla “*grave negligenza*” delle prestazioni affidate dalla stessa stazione appaltante; b2) integra la dimensione del disvalore delle condotte del concorrente, potenzialmente idonee a sorreggere il motivato apprezzamento di inaffidabilità, con il riferimento alla “*mala fede*” (da riferire, secondo il comune e consolidato intendimento, non soltanto, *in senso soggettivo*, ai comportamenti propriamente sorretti da atteggiamento *doloso*, ma anche, *in senso*

*oggettivo*, alle condotte complessivamente contrastanti con il canone generale di correttezza nella vita di relazione, qualificato dalla particolare dimensione di *moralità* e di *professionalità* che si impone a carico dei soggetti che aspirino, in prospettiva concorrenziale, alla aggiudicazione di commesse pubbliche);

c) che, mentre il criterio della *colpa* (intesa nel senso *tecnico* e non *etico*, che impone al debitore l'esecuzione delle prestazione dovuta in termini di *esattezza adempitiva* e di conformità agli *standard* delle *leges artis*) appare ontologicamente riferibile solo alla fase attuativa di pregresse vicende negoziali (legittimandosi, con ciò, la sola valorizzazione sintomatica dei gravi *errori esecutivi* nella gestione di precedenti contratti con lo stesso o con altro committente pubblico), il richiamo alla *correttezza* ed alla *buona fede* prospetta l'estensione dell'apprezzamento di *moralità* (professionale) ed *integrità* al complesso delle condotte che sintomaticamente *precedono* e *accompagnano* l'accesso concorrenziale al mercato (a nulla ostando, sul piano testuale, il riferimento, nei termini formalmente retrospettivi fatti palesi dall'uso del participio passato, alle "*prestazioni affidate*": che andrà, per contro, più comprensivamente acquisito, fatta tara di una spiegabile vischiosità testuale, come genericamente operante per l'"*affidamento delle prestazioni*", sia *de praeterito* che *ex intervallo*);

d) che a favore della interpretazione estensiva milita l'ulteriore rilievo per cui è lo stesso, articolato tratto testuale della disposizione ad impedire, quasi si trattasse di endiadi, l'assimilazione tra le ipotesi di *grave negligenza* e *malafede* di cui al primo periodo a quelle di *errore grave* di cui al periodo seguente: di là dalla solo parziale sovrapposibilità, non avrebbe avuto senso ripetere lo stesso concetto se non in riferimento ad altra situazione fattuale; inoltre soltanto per le prime è

previsto il limite della *“esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che gestisce la gara”*, a fronte della più ampia previsione che considera rilevante l'errore grave nell'esercizio della *“attività professionale”* dell'impresa senza alcuna limitazione (in tali sensi, da ultimo, Cons. Stato, V, 11 dicembre 2017, n. 5818).

e) che siffatta conclusione appare avvalorata non semplicemente da considerazioni di ordine funzionale o teleologico (per sé sole inidonee, in un contesto normativo che impone una interpretazione rigorosa), ma dal rilievo che – a fronte del dato che la stazione appaltante possa dimostrare *“con ogni mezzo di prova”* la sussistenza di una grave negligenza o di una significativa scorrettezza professionale – anche *“una decisione di tipo giurisdizionale, pur non ancora definitiva, può, a seconda dell'oggetto di tale decisione, fornire all'amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo”* (così, in un caso paradigmatico di omessa informazione alla stazione appaltante di illeciti penali non definitivamente accertati commessi da un ex amministratore, Corte di Giustizia n. 178/2017 cit.);

f) che, per giunta, di là dalla specifica ed autonoma causa di esclusione correlata alla falsità delle dichiarazioni rese in sede di gara (di cui si occupano l'art. 45, § 2, comma 1, lett. g), della direttiva 2004/18 e l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006), il fatto di non informare l'Amministrazione in ordine a circostanze generalmente inerenti i *“criteri di selezione qualitativa”* può *“anch'esso costituire un elemento che consente, in forza di tale disposizione, di escludere un offerente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico”*: facendosi, con ciò, palese che la *“mala fede”* possa essere, comprensivamente, valorizzata - già nel contesto normativo scolpito nel regime del previgente Codice) – con riguardo a tutte quelle

condotte che, *anche in fase di gara*, appaiono ispirate, di là dall'accertamento della rilevanza penale del sotteso atteggiamento doloso, al *tentativo di influenzare, in una prospettiva propriamente anticoncorrenziale, il processo decisionale della stazione appaltante* (posto che – in buona sostanza – anche siffatte condotte, in quanto *illecite*, sono in grado di attestare la non meritevolezza del concorrente sotto il profilo della carenza dei *requisiti morali*);

g) che, allora, al (pur diffuso) intendimento restrittivo della clausola di esclusione in esame osta “*l’obiettivo di tale normativa, che mira a tutelare l’integrità della procedura di appalto pubblico, la situazione di un’impresa offerente il cui amministratore abbia commesso un reato che incide sulla moralità professionale di tale impresa o un grave errore professionale*” (cfr. la sentenza citata, al punto 51), che – avuto riguardo al principio di parità di trattamento, che sostanzia l’effettività della non inquinata partecipazione concorrenziale – “*non può essere ritenuta equiparabile a quella di un’impresa offerente il cui amministratore non si sia reso colpevole di una siffatta condotta*” (e ciò – come importa ribadire – nel contesto di un complessivo e motivato apprezzamento dell’illecito professionale, cui non osta che le condotte di reato non siano state accertate con sentenza, ancorché non passata in giudicato);

h) che, sotto il concorrente profilo della “*proporzionalità*” dell’esclusione, la *contestualità* della condotta illecita rispetto alla dinamica evidenziale deve ritenersi sintomatica di un disvalore accentuato del comportamento del concorrente (*arg.* dalla sentenza citata, che al punto 54 impone, semmai, il severo vaglio sintomatico di condotte significativamente risalenti nel tempo).

6.1.4.- Alla luce delle considerazioni che precedono, il motivo di appello appare infondato: l’acquisizione (o anche solo il tentativo di

acquisizione) di informazioni riservate costituisce, nel plausibile e motivato intendimento della stazione appaltante, condotta professionale gravemente scorretta, in quanto oggettivamente idonea ad acquisire un vantaggio competitivo e, quindi, ad alterare una competizione concorsuale ed una programmata esecuzione negoziale fondata sull'affidabilità professionale, sulla genuina e non altrimenti condizionata qualità dell'offerta, sulla trasparenza nei rapporti con l'Amministrazione committente e, più in generale, sulla correttezza ed integrità professionale che si esigono da chi aspiri a conseguire ed eseguire commesse pubbliche.

7.- Con distinto mezzo, l'appellante censura la sentenza nella parte che ha ritenuto sorretto da idonea motivazione l'apprezzamento, operato dalla stazione appaltante, della vicenda emergente dagli accertamenti operati in sede penale, dalla quale, per contro, avuto specifico riguardo alle concrete risultanze dell'incidente probatorio, avrebbe dovuto, piuttosto, desumersi: *a)* che la vicenda contrattuale FM3 era completamente estranea alla interlocuzione Romeo-Gasparri; *b)* che non vi era stato mai alcun contatto tra la società (e suoi amministratori, dirigenti e consulenti) e il Gasparri; *c)* che il tenore pretesamente “*superficiale ed epidermico*”, riconosciuto dallo stesso Gasparri, delle interlocuzioni con Romeo si sposava con le qualità soggettive degli interlocutori (dichiarate dallo stesso Gasparri), sicché Romeo – “capo azienda” che non era in grado di “raccontare” le offerte e tantomeno i complessi chiarimenti – quand'anche avesse ricevuto significativi consigli da Gasparri non sarebbe stato in grado di trasferirli alla società e ai suoi esponenti; *d)* che il presunto versamento di denaro al Gasparri non solo è contestato dall'imputato, ma soprattutto non era corroborato da



alcuna prova acquisita agli atti del procedimento penale, che offriva invece le contrarie risultanze del rapporto della Guardia di Finanza del 4 maggio 2017; e) che la correttezza della gestione dei flussi finanziari della Romeo Gestioni – riconosciuta dallo stesso G.I.P. nell'ordinanza di applicazione e contestuale sospensione della misura interdittiva – esclude perfino la riferibilità alla società della presunta provvista finanziaria.

7.1.- Il motivo non è fondato.

Non è dato pretendere dalla stazione appaltante un autonomo ed approfondito accertamento, per il quale difetterebbero oltretutto le necessarie competenze, delle circostanze emerse in sede penale, in ordine alle quali è bensì necessario ma anche sufficiente: a) l'indicazione della idoneità della fonte (che, nella specie, è rappresentata dalla autorità giudiziaria); b) la verifica di *pertinenza* dei fatti ai fini della loro attitudine a dimostrare la *negligenza* o la *mala fede* del concorrente; c) il controllo di *rilevanza* degli stessi, anche sotto il profilo della consistenza e gravità; d) la trasfusione delle ridette valutazioni in congruo ed esplicativo supporto motivazione.

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato appare concretamente rispettoso degli esposti principi.

Vale aggiungere che, indipendentemente dalla sorta del giudizio penale, la ritenuta fondatezza del quadro indiziario a carico del Romeo risulta confermata dal Tribunale Ordinario di Roma, al quale la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 36874/2017, ha rimesso gli atti del procedimento per un nuovo esame. In particolare, la Sezione per il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, con l'ordinanza n. 2352/2017, depositata l'11 settembre 2017, ha rilevato

che “*i gravi indizi di colpevolezza, dettagliatamente compendiate nell’ordinanza applicativa e sostanzialmente riconducibili alle dichiarazioni accusatorie del Gasparri (successivamente confermate in sede di incidente probatorio), alle intercettazioni ambientali effettuate nel periodo 3.8.2016-29.11.2016, in occasione degli incontri avvenuti presso gli uffici romani dell’imprenditore (che costituiscono riscontro esterno alla [...] chiamata di correità) oltre che al materiale cartaceo rinvenuto (i cosiddetti ‘pizzini’), possono ritenersi sussistenti anche all’esito di questa fase processuale*”.

8.- Con ulteriore motivo di gravame, l’appellante denuncia l’errore della sentenza impugnata, nella parte in cui la stessa ha ritenuto non rilevante l’omessa valutazione delle misure di *self cleaning* promosse dallo stesso G.I.P. in applicazione degli artt. 17 e 49 d.lgs. n. 231 del 2001.

Più in dettaglio: *a)* la circostanza che l’ANAC aveva avviato il procedimento *ex art.* 32

d.l. n. 90 del 2014, conclusosi con l’adozione di una mera misura di supporto per la durata di tre mesi, avrebbe dovuto indurre, unitamente alle misure disposte dal G.I.P., a ritenere assurda l’emanazione di una misura di esclusione di rilevante gravità, a fronte di un quadro ordinamentale orientato al mantenimento dell’impresa sul mercato anche in presenza di ben più gravi addebiti nei confronti dell’operatore economico (e, così, per esempio, addirittura in presenza di infiltrazione mafiosa); *b)* sarebbe stata erroneamente disattesa la decisione del G.I.P. di disporre la sospensione della misura interdittiva adottata in danno dell’impresa, sul non plausibile assunto che siffatta sospensione avesse efficacia meramente prospettica, senza attitudine a sanare le (oltretutto presunte) illiceità pregresse.

8.1.- Il motivo non ha pregio.

Vale premettere che appare necessario distinguere due tipologie di condotte c.d. di *self cleaning*, o indotto ravvedimento operoso (la cui complessiva finalità è di legittimare le imprese alla dimostrazione della propria concreta affidabilità, superando l'attitudine preclusiva della accertata sussistenza di una o più cause di esclusione dalla procedura).

a) un primo caso è rappresentato dal comportamento dell'operatore economico che, in presenza di un fatto di *reato* o di una condotta di *illecito* dimostri di essersi, per un verso, adoperato per la *eliminazione*, retrospettiva, del *danno* cagionato e, per altro verso, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico ed organizzativo idonei a prevenire, *pro futuro*, la commissione di ulteriori reati o illeciti.

In coerenza con il riassunto meccanismo, il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self-cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alterativa della *par condicio* dei concorrenti).

b) diverso è il caso delle *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione* che, in base al d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il prefetto, su segnalazione dell'ANAC, può disporre a carico dell'impresa a carico della quale l'autorità giudiziaria proceda per l'accertamento di uno o più dei reati elencati al comma 1.

In questo caso, il *self cleaning* prefigura, alternativamente: a) la rinnovazione degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto: la quale sostituzione è, ricorrendone le

condizioni, idonea ad impedire l'automatismo solutorio delle misure interdittive sui contratti in essere, quanto meno, a legittimare al commissariamento dell'impresa, con prosecuzione "controllata" dell'esecuzione dei contratti in essere, ed accantonamento cautelativo degli utili in attesa delle determinazioni in ordine alla prospettiva confisca (cfr. parere Cons. Stato, comm. spec., 18 giugno 2018, n. 1567): *b*) il "sostegno e monitoraggio dell'impresa" (comma 8).

In questa seconda fattispecie, con ogni evidenza, l'operatività delle misure di *self-cleaning* può operare solo nella duplice e concorrente direzione: *a*) della prospettiva sterilizzazione delle misure interdittive penali, al fine di prevenire ed evitare l'estromissione dell'impresa dal mercato; *b*) dell'impedimento della misura di commissariamento, relativamente ai contratti la cui esecuzione sia stata già iniziata.

Nel primo caso, appare chiara l'operatività solo *pro futuro* delle misure organizzative virtuose. Nel secondo caso, si tratta di una misura specifica, orientata a salvaguardare l'utile esecuzione dei contratti in essere.

È escluso, per contro, che la mera sostituzione degli organi di vertice possa servire, in pendenza di procedura evidenziale, ad impedire l'operatività di una clausola di estromissione.

8.2.- Nel caso di specie, le misure di *self cleaning* sono quelle disposte dal Prefetto di Roma che, con decreto n. 0341292 del 4 ottobre 2017, ha aderito alla proposta del Presidente dell'ANAC di cui alla nota prot. n. 96891 del 1° agosto 2017 e, per l'effetto, ha disposto, ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.-l. n. 90 del 2014, la misura del sostegno e monitoraggio nei confronti della società appellante.

Bene, perciò, il primo giudice ha ritenuto (di là dal rilievo, di per sé esatto ma non decisivo, che le misure avrebbero, al più, potuto

operare in relazione alla sola clausola di esclusione di cui all'art. 38, lett. c), d. lgs. n. 163 del 2006: cfr. Cons. Stato, V, 9 maggio 2018, 2793) la loro valenza solo *pro futuro*, senza poter impedire l'operatività della clausola di estromissione dalla procedura.

Del resto, la correttezza della soluzione discende dal rilievo che, a far dipendere dal fruttuoso esito del monitoraggio disposto in sede prefettizia l'ammissione alle pendenti procedure evidenziali, discenderebbe che la legittimità delle disposte esclusioni (che vanno valutate, avuto riguardo ai relativi presupposti, con riferimento temporale al momento della loro adozione) finirebbe per dipendere, implausibilmente, da un *posterius*

9.- Con ulteriore motivo di doglianza, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondate le censure sul mendacio contestato in ordine alla dichiarazione resa dal legale rappresentante della società in sede di gara.

Infatti: a) dall'esame del verbale dell'incidente probatorio sarebbe emerso che il Gasparri aveva “*escluso qualsiasi contatto con Alfredo Romeo a proposito della gara FM3*”, precisando, quanto ai presunti inadempimenti su O.P.F., “*che le interlocuzioni al riguardo [erano] antecedenti al 2008, data di interruzione – sino a Natale 2012 – dei suoi rapporti con Romeo*”; b) che, quanto alla Gara FM4, “*le presunte informazioni riservate [sarebbe state] comunque successive alla presentazione della dichiarazione, che non poteva quindi prevedere, e comprendere in sé, le future condotte asseritamente criminose attribuite all'avv. Romeo*”; c) che la dichiarazione non avrebbe potuto contravvenire al Codice Etico (e/o al Modello 231) della Consip, giacché – mancando fatti antecedenti rilevanti sotto tale profilo – essa restava immune da addebiti.

9.1.- Il motivo non è fondato.

Appare, sul punto, da condividere il ragionamento della sentenza, che:

- a) ha correttamente valorizzato la premessa per cui che il raggruppamento concorrente, avanzando offerta per la gara di cui è causa, si era vincolato al rispetto delle norme che presiedevano al relativo svolgimento, ivi comprese quelle contemplate dalla *lex specialis* ed, in particolare, dal Codice etico di Consip;
- b) ne ha dedotto che, di conserva, i destinatari delle disposizioni ivi contenute fossero tenuti ad evitare “*situazioni in cui gli interessi personali [potessero] generare conflitti di interesse con quelli della Società o con il più generale interesse pubblico che ne governa[va] l'azione*” e ad astenersi dall'utilizzare “*informazioni ottenute in occasione dello svolgimento delle proprie funzioni aziendali per acquisire vantaggi in modo diretto o indiretto*”, dovendo, in ogni caso, “*evitare l'uso improprio e non autorizzato del patrimonio di conoscenze e informazioni aziendali*”, operando “*nei rapporti con i terzi con imparzialità, trasparenza e correttezza, evitando di instaurare relazioni che [fossero] frutto di sollecitazioni esterne o che [potessero] generare conflitti di interesse*” (cfr. art. 3, lett. a), b) e c) del Codice etico);
- c) ha rimarcato che la violazione di dette disposizioni, “*avendo effetti diretti sulla Società, [avrebbe prefigurativamente costituito] comportamento sanzionabile in quanto lesivo del rapporto fiduciario e dell'obbligo di diligenza*” (art. 15 del Codice etico);
- d) ha precisato che – rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la valutazione circa l'inaffidabilità dell'impresa, apprezzando l'effettiva valenza dell'errore professionale precedentemente commesso e la sua incidenza sul contratto in formazione – ogni operatore economico era gravato da un obbligo di

dichiarazione degli errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale (cfr. Cons. Stato, V, 17 luglio 2017, n. 3493), senza veruna facoltà di scelta in ordine ai fatti da attestare, in quanto obbligata ad una dichiarazione onnicomprensiva ed esaustiva;

e) ha acclarato che, nella specie, le circostanze taciute – oggetto della più volte evocata acquisizione illecita di informazioni riservate in ordine alla procedura evidenziale, emergenti da obiettivi accertamenti in sede penale – fossero rilevanti ai fini della prefigurazione del mendacio per omissione.

Alle esposte considerazioni – che si sottraggono alle formalizzate ragioni di doglianza – vale solo aggiungere, *ad abundantiam*, che il contestato mendacio rappresenta, nel corpo della contestata misura espulsiva, solo una delle concorrenti motivazioni (l'altra essendo correlata non già all'omessa informativa, ma all'illecita captazione delle informazioni): la già ritenuta autosufficienza della seconda ragione rende, a rigore, irrilevante ogni questione che coinvolga la prima.

10.- Con ulteriore motivo di doglianza, l'appellante ribadisce che il provvedimento impugnato difetterebbe di una *“rigorosa motivazione che colleghi i fatti oggetto di indagini preliminari alla presunta inaffidabilità della società”*.

10.1- Il motivo, ampiamente inautonomo, sta e cade con le considerazioni svolte *supra*, in relazione alle esaminate censure, che non vale ribadire.

11.- Con l'ultimo motivo di doglianza, l'appellante contesta l'automaticità del meccanismo di escussione della cauzione provvisoria, che non potrebbe essere correlato, senza autonomo apprezzamento dei relativi presupposti, all'esclusione dalla gara.

11.1.- Il motivo non ha fondamento.

Come chiarito da Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, per giurisprudenza pacifica, *“l’incameramento della cauzione provvisoria previsto dall’art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all’esclusione”*.

Vale, del resto, ribadire che nelle gare pubbliche l'escussione della cauzione è conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, tenuto conto che gli operatori economici, con la domanda di partecipazione, sottoscrivono e si impegnano ad osservare le regole della relativa procedura; si tratta, perciò, di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri espressamente accettati (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2017, n. 1172).

12.- Alla luce delle considerazioni che precedono, gli appelli risultano infondati.

L'appello incidentale proposto, in termini logicamente condizionati, dalla controinteressata Team Service s.c.a.r.l. deve essere, di conserva, dichiarato improcedibile per difetto di interesse (Cons. Stato, V, 8 giugno 2011, n. 3476).

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti,



così provvedere: *a)* dispone la riunione degli ricorsi; *b)* respinge gli appelli principali, proposti da Romeo Gestioni s.p.a. e dal Consorzio Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010; *c)* dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Team Service s.c.a.r.l..

Condanna Romeo Gestioni s.p.a. e il Consorzio Consorzio Stabile Romeo Facility Services 2010, in solido tra loro, alla refusione delle spese a favore di Consip s.p.a., compensandole nei confronti di Team Service s.c.a.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Grasso**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO