

APPATI PUBBLICI: Consiglio di Stato, Sezione Settima, Sentenza 21 novembre 2024 n. 9362, in Foro Amministrativo, n. 11 del 2025, pag. 1568.

1. Appalti e contratti pubblici - Motivi di esclusione - False dichiarazioni - Omessa e falsa dichiarazione - Differenza.

2. Appalti e contratti pubblici - Motivi di esclusione - Gravi illeciti professionali - Affidabilità dell'operatore economico - Valutazione delle misure di self-cleaning intervenute in corso di gara - Ammissibilità.

3. Appalti e contratti pubblici - Motivi di esclusione - Gravi illeciti professionali - Provvedimento sanzionatorio dell'Autorità nazionale garante della concorrenza - Non può comportare l'esclusione automatica dell'operatore economico - Autonoma valutazione della Stazione appaltante sulla rilevanza dell'illecito sanzionato e delle misure self cleaning - Necessità.

1. L'omessa dichiarazione e la falsa dichiarazione sono differenti e riconducibili rispettivamente nell'ambito dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), ovvero lett. f-bis), del d.lg. n. 50 del 2016. Le fattispecie riconducibili nella prima previsione non consentono l'esclusione automatica dalla procedura di gara, ma impongono alla stazione appaltante di svolgere la valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente. Al contrario, la falsità dichiarativa ha attitudine espulsiva automatica ed è predicabile rispetto ad un « dato di realtà », ovvero ad una situazione fattuale per la quale possa porsi l'alternativa logica « vero/falso » rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore. La possibilità di ritenere integrata l'una o l'altra fattispecie dipende non dall'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (le pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto piuttosto dalla condotta dell'operatore economico: che nel caso di omissione presuppone la violazione di un obbligo comunicativo e ricorre quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come « grave illecito professionale »; nel caso di falsa dichiarazione presuppone il compimento e, quindi, l'esistenza di una attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera e ricorre se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero.

2. Le misure di self-cleaning hanno valenza soltanto pro futuro, quindi per la partecipazione a procedure successive alla loro adozione, non potendo sanare situazioni pregresse. Ciò non vuol dire che esse sono del tutto prive di significato nell'ambito della gara iniziata prima della loro adozione, ma piuttosto che il giudizio di « sufficienza » delle misure adottate consente da solo di prevenire l'esclusione dell'operatore economico quando l'emenda era già intervenuta prima della presentazione delle offerte. Pertanto, l'adozione delle misure medesime in corso di procedura non è affatto un evento la cui valutazione sia preclusa alla stazione appaltante. All'opposto, rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di self-cleaning adottate in corso di procedura e valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell'intervento riparatore) a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi.

3. La decisione dell'Autorità nazionale garante della concorrenza non può comportare l'esclusione automatica dell'operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Se, da un lato, alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia del 4 giugno 2019 nella causa C-425/18, è ora indubbio che per « errore grave nell'esercizio dell'attività professionale » si intenda anche l'intesa anticoncorrenziale conclusa dall'operatore economico al fine di alterare a suo favore il libero dispiegarsi della concorrenzialità nell'ambito di una precedente procedura di gara, dall'altro lato i fatti presi in considerazione dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato — e cioè le possibili condotte scorrette restrittive della concorrenza che hanno determinato l'irrogazione della sanzione — devono essere valutati discrezionalmente dalla stazione appaltante, la quale deve determinarsi sulla sussistenza o meno di un grave illecito professionale tale da rendere dubbia la affidabilità e l'integrità

dell'operatore economico concorrente. Da un punto di vista contenutistico, la motivazione del provvedimento deve contenere: a) l'indicazione dell'idoneità della fonte tramite cui la stazione appaltante ha avuto conoscenza dell'illecito commesso; b) la verifica di pertinenza dei fatti ai fini della loro attitudine a riflettere la negligenza o la mala fede del concorrente; c) il controllo della loro rilevanza, anche quanto a gravità, da valutarsi non riportandosi pedissequamente al provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, ma svolgendo un giudizio autonomo sugli elementi di fatto acquisiti e sulle ripercussioni idonee ad incidere negativamente sul rapporto di fiducia tra contraente pubblico e privato. Nell'esprimere tale giudizio spetta in via esclusiva alla stazione appaltante valutare in concreto anche se le misure di self-cleaning eventualmente adottate dall'operatore economico colpito da una causa di esclusione siano idonee e sufficienti a ristabilirne l'integrità o affidabilità professionale e a porla al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e di Disco Lazio Ente Regionale per il Diritto allo Studio e alla Conoscenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2024 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Giorgio Vercillo e l'avvocato dello Stato Giorgio Santini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società -OMISSIS- (già -OMISSIS-) ha appellato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, I, 28 dicembre 2023, n. -OMISSIS-, che ha respinto l'impugnazione dei provvedimenti con cui Disco Lazio Ente Regionale per il Diritto allo Studio e alla Conoscenza ha disposto l'esclusione della predetta società e dell'intero RTI dalla *«procedura aperta per l'affidamento della gestione delle residenze universitarie e degli uffici amministrativi dell'ADISU di Roma Uno, dell'ADISU di Roma Due, dell'ADISU di Roma Tre e LAZIODISU (compreso il CED), (Adisu Metropolitana) – Lotto 1 e dell'ADISU di Cassino (Lazio Meridionale) – 2 Lotto 2 e dell'ADISU di Viterbo (Lazio Settentrionale) – Lotto 3»*.

2. Il Tribunale amministrativo ha posto alla base della propria decisione i seguenti fatti risultanti dagli atti di causa.

3. La società ricorrente -OMISSIS- partecipava in RTI con Roma Multiservizi s.p.a. alla procedura aperta per l'affidamento della gestione delle residenze universitarie e degli uffici di varie sedi dell'Adisu, presentando in data 11 luglio 2016 un'offerta per l'aggiudicazione del Lotto.

All'esito di un articolato contenzioso che interessava la procedura di gara la stazione appaltante individuava nel -OMISSIS-, secondo in graduatoria, l'operatore economico potenzialmente aggiudicatario.

Pertanto, con nota prot. n. -OMISSIS-del 17 gennaio 2020, chiedeva alla predetta società la produzione di documentazione idonea a comprovare *«l'adozione delle misure di self-cleaning relativamente a fatti presi in considerazione dall'AGCM al fine di consentire alla Stazione appaltante di esercitare il proprio potere discrezionale sulla sussistenza o meno di un grave illecito professionale tale da rendere dubbia l'affidabilità e l'integrità della società»*, e in particolare al fine di *«esercitare il potere discrezionale di valutazione dei fatti presi in considerazione dal provvedimento sanzionatorio dell'AGCM n. -OMISSIS-»*, sul presupposto che quest'ultimo non producesse un'esclusione automatica in relazione al requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs. n. 50/2016.

Il 24 gennaio 2020 -OMISSIS- produceva alla stazione appaltante la documentazione richiesta, descrivendo le misure di *self-cleaning* adottate al fine di evitare il riproporsi di condotte analoghe a quelle contestate dall'AGCM, con la precisazione che tali misure erano state implementate dal 2016 perché la società era stata già destinataria di un provvedimento sanzionatorio da parte dell'Autorità antitrust, per fatti risalenti al 2014.

Il 10 febbraio 2020 si svolgeva un incontro in contraddittorio tra la stazione appaltante e i rappresentanti di -OMISSIS-.

Con nota del 20 marzo 2020, il RUP chiedeva l'attivazione del procedimento finalizzato all'esclusione di -OMISSIS- dalla gara.

Il 31 marzo 2020 la stazione appaltante comunicava l'avvio del procedimento di esclusione di -OMISSIS- dalla gara, assegnando termine – poi prorogato in ragione delle difficoltà generate dalla emergenza sanitaria – per la presentazione di memorie e documenti. Seguiva la trasmissione di controdeduzioni della ricorrente.

Infine, la Stazione appaltante, con la determinazione direttoriale n. -OMISSIS-del 29 gennaio 2021, escludeva -OMISSIS- dalla gara, segnalando la circostanza all'ANAC.

4. Così ricostruiti i fatti di causa, la sentenza di primo grado ha rilevato che il provvedimento impugnato è fondato sulle seguenti motivazioni:

i) l'AGCM ha sanzionato -OMISSIS- con il provvedimento n. -OMISSIS- adottato con delibera del 17 aprile 2019 per aver partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale in violazione dell'art. 101 del TFUE, avente ad oggetto il condizionamento dell'esito della gara pubblica denominata FM4, bandita nel marzo 2014 da Consip, per un appalto di rilievo comunitario diviso in 18 lotti geografici del valore complessivo di circa 2,7 miliardi di euro; la condotta, per le motivazioni addotte dal RUP con la nota del 20 marzo 2020, è stata ritenuta integrante un grave illecito professionale, incidente sull'affidabilità ed integrità di -OMISSIS-, e rispetto alla quale erano insufficienti le misure di *self-cleaning* e la loro irrilevanza per attività pregresse rispetto alla gara in esame;

ii) -OMISSIS- ha fornito false dichiarazioni, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), d.lgs. n. 50/2016, avendo omesso di comunicare l'avvio del procedimento da parte dell'AGCM nei suoi confronti, anche in assenza dell'adozione del provvedimento sanzionatorio finale, tenuto conto della parificazione tra omessa dichiarazione e falsa dichiarazione;

iii) in data 25 dicembre 2020 l'ANAC ha annotato sul Casellario informatico la sanzione interdittiva di sei mesi dalla partecipazione alle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto; tali fatti sono stati valutati come ulteriori gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/16.

5. Infine, la sentenza appellata ha illustrato le doglianze proposte avverso il provvedimento di esclusione della ricorrente.

5.1. In particolare, con un primo ordine di censure, si è sostenuta innanzitutto l'illegittimità del provvedimento AGCM (determinante l'illegittimità in via derivata del provvedimento impugnato) e la sua inidoneità a fondare la disposta esclusione (trattandosi di provvedimento all'epoca ancora *sub iudice*). Il provvedimento di esclusione sarebbe comunque viziato per difetto di istruttoria, difetto di motivazione e travisamento dei fatti, nonché per violazione dell'art. 57, par. 4, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE, in quanto Disco Lazio avrebbe omesso la valutazione obbligatoria della rilevanza del provvedimento del Garante della concorrenza nella gara oggetto di causa: considerata la non definitività del provvedimento dell'AGCM, la stazione appaltante avrebbe omesso di valutarne l'incidenza sul giudizio di affidabilità della ricorrente, appiattendosi acriticamente su quanto ivi accertato.

5.2. Con il secondo motivo di ricorso, si censurava la seconda ragione di esclusione, lamentando l'erronea valutazione delle misure di *self-cleaning* adottate dalla ricorrente in relazione alle condotte che sono state oggetto del provvedimento AGCM, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, violazione dell'art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 57, paragrafo 6, della Direttiva 2014/24/UE.

Si sosteneva, nello specifico, che la stazione appaltante non avrebbe adeguatamente valutato le misure di *self-cleaning* attuate dalla ricorrente, non considerando quelle precedenti alla domanda di partecipazione alla procedura di gara e ritenendo, in violazione del diritto UE, che dette misure fossero irrilevanti perché successive alla domanda di partecipazione; inoltre, la -OMISSIS- non sarebbe incorsa in alcun provvedimento di revoca, né in alcuna risoluzione contrattuale per inadempimento; in subordine, qualora non si accedesse a tale opzione, veniva domandato di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia se una tale interpretazione osti al diritto comunitario.

5.2.1. In subordine, si sosteneva l'illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 in quanto: a) irragionevolmente disincentiva gli operatori

economici ad adottare misure che intendono innanzitutto annullare o comunque mitigare l'impatto di una condotta contraria ai doveri di professionalità e che trovano il loro appiglio nel generale dovere di solidarietà sociale imposto dall'art. 2 Cost. a tutti i consociati, nonché nel principio della «*funzione sociale*» dell'impresa economica ex art. 41 Cost.; b) irragionevolmente impedisce all'Amministrazione di accogliere nel confronto competitivo alcuni operatori economici, ancorché essi abbiano dimostrato di volersi assumere la responsabilità delle proprie condotte e di voler rimediare agli effetti causati, con evidente frustrazione del *favor participationis* e conseguente violazione degli artt. 3 e 97 Cost.

5.3. Con altre doglianze si censurava il terzo motivo di esclusione, affermando l'insussistenza di alcuna omissione dichiarativa da parte di -OMISSIS-: il non aver dichiarato l'avvio di un'istruttoria da parte dell'AGCM non costituisce motivo di esclusione per grave illecito professionale, come si evince dalle Linee Guida ANAC n. 6/2016 e dalla pronuncia della Corte di giustizia C-425/18; pertanto nessuna falsa dichiarazione potrebbe essere imputata alla ricorrente, secondo il consolidato orientamento espresso al riguardo dal giudice amministrativo sin dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, con sentenza n. 16/2020.

5.4. Infine, si censurava la fondatezza del quarto motivo di esclusione, sostenendo l'erronea valutazione dell'iscrizione nel casellario informativo dell'ANAC di un provvedimento ex art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163/2006 annotata il 25 dicembre 2020, per una serie di ragioni e in particolare:

- a) sia perché la stazione appaltante avrebbe applicato una causa di esclusione non prevista dalla disciplina europea; nel diritto UE, infatti, non vi sarebbe alcuna norma che autorizzi gli Stati membri a inibire automaticamente dalla partecipazione alle gare future e/o in corso un operatore economico che sia stato sanzionato da un'autorità amministrativa per aver omesso una dichiarazione sui requisiti di partecipazione in una gara precedente o per aver attestato falsamente il loro possesso;
- b) sia perché la falsa dichiarazione può giustificare, al più, l'esclusione dalla singola gara, non potendosi escludere un operatore economico anche dalle gare in corso e alle quali abbia partecipato quando non era iscritto nel casellario;
- c) sia perché una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza;
- d) sia per violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dei principi di legalità, proporzionalità e irretroattività, in quanto l'efficacia espulsiva attribuita all'interdittiva ANAC implicherebbe l'applicazione di una sanzione anche rispetto a fatti che non potevano costituire un

illecito nel momento in cui sono stati compiuti, considerato che -OMISSIS- ha presentato la propria offerta nella procedura di gara in esame quando la Delibera ANAC n. -OMISSIS- del 25 ottobre 2017 (recante l'annotazione nel casellario informatico) non era neanche esistente.

5.4.1. In caso di rigetto delle censure proposte col quarto motivo si chiedeva di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia UE dei quesiti interpretativi aventi ad oggetto i parametri normativi di cui si invoca la violazione in via principale e, ancora in subordine, di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 76, 97 e 117, comma 1, della Costituzione.

6. Con la sentenza appellata, il Tribunale amministrativo, rilevato che l'esclusione disposta ha natura di provvedimento plurimotivato, in quanto fondato su una pluralità di ragioni autonome e concorrenti, ha ritenuto sufficiente e adeguata ragione giustificatrice dell'esclusione la prima motivazione, attinente alla valutazione della sanzione *antitrust* comminata con la delibera AGCM n. -OMISSIS- del 17 aprile 2019 come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/16.

Ha quindi respinto il ricorso di -OMISSIS-, confermando la legittimità dell'esclusione nella misura in cui la stazione appaltante ha assegnato rilevanza al provvedimento AGCM e negato l'idoneità delle misure di *self-cleaning*.

Pertanto, ritenuta legittima tale autonoma *ratio decidendi*, ha assorbito le restanti censure, riferite alle ulteriori cause di esclusione.

Ha, infine, condannato la ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore dell'amministrazione resistente.

7. L'appello di -OMISSIS- è affidato a due motivi, con cui si lamenta che la sentenza sarebbe inficiata da plurimi *errores in iudicando* per:

"I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 57, par. 4, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE, dell'art. 3 della legge n. 241/1990 – Erronea valutazione degli atti e dei documenti di causa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 34 e 64 c.p.a.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 57, par. 6, della Direttiva 2014/24/UE, nonché degli artt. 7, 29, 34, co. 1 e co. 2, e 134 c.p.a. Violazione dell'art. 64 c.p.a."

8. L'appellante ha poi riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., le censure articolate con i motivi di ricorso non esaminati in primo grado avverso le altre ragioni del provvedimento di esclusione. Ha in subordine riproposto le questioni di interpretazione pregiudiziale della normativa europea e di legittimità costituzionale come articolate in primo grado.

9. Si sono costituiti in giudizio Disco Lazio Ente regionale per il diritto allo studio e alla conoscenza (che ha insistito per il rigetto dell'appello riproponendo a sua volta le eccezioni formulate nella

memoria ex art. 73 cod. proc. amm. di primo grado, non esaminate dalla sentenza impugnata) e la Regione Lazio, la quale ha invece eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto i provvedimenti impugnati attengono a una gara indetta da soggetto diverso dalla Regione.

10. All'esito del deposito di memorie conclusionali ex art. 73 cod. proc. amm. mediante le quali le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive tesi difensive, all'udienza del 4 giugno 2024, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

11. L'appello è in parte fondato, nei sensi e termini di seguito indicati.

12. Prima di procedere all'esame dei motivi proposti, deve evidenziarsi quanto segue.

13. Come correttamente rilevato dal primo giudice, l'esclusione impugnata in primo grado da -OMISSIS- è stata disposta sulla base di una pluralità di concorrenti e autonome ragioni.

13.1. Un primo motivo è costituito dalla rilevanza assegnata al provvedimento AGCM di cui alla delibera n. -OMISSIS- del 19 aprile 2019 e dalla valutazione della sanzione *antitrust* comminata come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016.

13.2. Un secondo motivo è costituito dalla asserita insufficienza e tardività delle misure di *self-cleaning* adottate da -OMISSIS-.

13.3. Un terzo motivo è stato individuato nella omissione dichiarativa ascritta alla società per non aver dichiarato nel 2019 «*l'esistenza di un procedimento istruttorio da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*» e per aver comunicato l'esistenza del provvedimento AGCM solo nel 2020, con conseguente integrazione dell'ulteriore causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), d.lgs. n. 50/2016.

13.4. Infine un quarto motivo di esclusione è rappresentato dall'annotazione iscritta al Casellario informatico ANAC, a far data dal 25 dicembre 2020, di un provvedimento interdittivo adottato ai sensi dell'art. 38, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 163/2006 dopo la presentazione dell'offerta nella gara; annotazione, quest'ultima, che secondo la stazione appaltante integrerebbe ulteriore causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. c) e lett. f), del d.lgs. n. 50/2016, rendendo dubbia l'affidabilità della concorrente.

14. Il primo giudice, individuate puntualmente le ragioni alla base dell'impugnata esclusione, ha altrettanto correttamente rilevato che essa ha natura di provvedimento *plurimotivato*, essendo fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le une dalle altre: sicché, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, è sufficiente il riscontro della legittimità di una delle autonome ragioni giustificatrici della decisione amministrativa per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale e condurre al rigetto dell'intero ricorso, insuscettibile di annullamento anche in caso di fondatezza degli ulteriori motivi di doglianza riferiti alle distinte ragioni poste a fondamento del provvedimento

amministrativo (cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4470; id, sez. VI, 31 luglio 2020, n. 4866; sez. V, 17 settembre 2019, n. 6190; sez. IV, 30 marzo 2018, n. 2019 nonché da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, 31 luglio 2023, n. 7405).

15. La legittimità dell'esclusione è stata, in particolare, confermata dal giudice di prime cure sul rilievo che il provvedimento AGCM costituisce motivo di esclusione dalle procedure di gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 e nel caso di specie la stazione appaltante avrebbe adeguatamente motivato l'esclusione con un rinvio *per relationem* alla nota prot. n. -OMISSIS-del 20 marzo 2020, nella quale il RUP:

- quanto alla fonte di conoscenza dell'illecito ha compiuto un'accurata disamina del provvedimento n. -OMISSIS-/19 dell'AGCM - che è divenuto nel frattempo definitivo con rigetto di tutte le impugnative proposte (con sentenza n. -OMISSIS- il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. -OMISSIS- che aveva confermato la legittimità del provvedimento in questione) - con particolare riferimento alla posizione assunta da -OMISSIS- nella commissione dell'illecito e alle condotte attuative dell'intesa;

- ha evidenziato *«di aver maturato la propria convinzione in ordine alla pertinenza dei fatti anche in considerazione del fatto che la -OMISSIS- era già in precedenza stata sanzionata per una condotta del tutto sovrapponibile a quella che viene qui in rilievo, con provvedimento dell'AGCM n. -OMISSIS-del 22 dicembre 2015»;*

- ha *«eseguito il controllo di rilevanza, quanto a gravità dell'illecito»;*

- ha valutato le misure di *self-cleaning* *«insufficienti e tardive»*, in quanto *«adottate a partire dal 1 settembre 2016 e, quindi, successivamente alla partecipazione alla procedura di gara»* (§ 14.5).

15.1. Con riferimento alle medesime misure il TAR ha inoltre affermato che:

- il RUP avrebbe correttamente omesso di valutare quelle intraprese prima del 1° settembre 2016, avendo -OMISSIS- indicato le ulteriori misure assunte in data antecedente *«(rinnovo della governance della società tramite sostituzione di 10 degli 11 componenti il consiglio di gestione in carica nel 2014; approvazione di modifiche degli organi consortili nel maggio 2016)»* solo *«con le controdeduzioni del 20 maggio 2020»*; quindi, *«dopo il termine di quindici giorni a decorrere dal 16 maggio 2020 (come si ricava espressamente dal testo del provvedimento impugnato)»* (§ 14.5);

- correttamente tali controdeduzioni non sono state prese in considerazione dalla stazione appaltante in quanto pervenute dopo il termine assegnato a seguito delle numerose proroghe concesse per la loro presentazione ai sensi della normativa emergenziale e anche perché a tale documento (allegato come doc. 10 alla nota di deposito del 12 marzo 2021) datato 21 maggio 2020 *“risulta annessa la stampa della pec di trasmissione che, tuttavia, non comprova l'effettiva ricezione (da dimostrare mediante deposito del file eml recante la pec ed i relativi allegati)”*;

- le misure asseritamente non valutate dall'amministrazione comunque non appaiono *«idonee a modificare il giudizio cui la stessa è giunta, circa la loro inidoneità ed insufficienza»*;

- *«la tesi della rilevanza solo pro futuro delle misure di self cleaning non confligge con il diritto europeo e, segnatamente, con l'art 57, par. 6 della direttiva 2014/24/UE il quale (...) non contiene alcuna espressa indicazione in ordine a tale specifico profilo, né la denunciata contrarietà rispetto al parametro costituzionale invocato che, ad avviso della ricorrente, imporrebbe di sollevare questione di legittimità costituzionale»* (§ 14.6).

15.2. In definitiva, il Tribunale amministrativo ha rigettato le censure con le quali la ricorrente se, per un verso, ha sostenuto che la stazione appaltante avrebbe omesso di valutare autonomamente il provvedimento sanzionatorio, sotto il profilo della pertinenza e rilevanza, giungendo ad un'automatica ed aprioristica esclusione, per altro verso ha contestato la mancata valutazione delle misure di *self-cleaning* implementate dalla società, in quanto successive alla partecipazione alla procedura di gara; sotto questo profilo il giudice di primo grado non ha riscontrato i vizi di legittimità denunciati, ritenendo che correttamente le misure non sono state prese in considerazione in conformità al richiamato orientamento che evidenzia l'esclusiva valenza *pro futuro* delle iniziative in questione.

15.3. La sentenza appellata ha, quindi, respinto i primi tre motivi di ricorso; rilevato che il rigetto delle censure proposte contro tale autonoma ragione dell'esclusione rendeva superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento - la cui ipotetica fondatezza non avrebbe potuto comunque arrecare alcuna utilità concreta alla ricorrente, essendo inidonea a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato, sorretto da un'autonoma ragione giustificatrice - ha assorbito le residue doglianze.

16. Le conclusioni a cui è pervenuto il primo giudice sono solo in parte condivisibili.

17. Conviene, per chiarezza, riepilogare i principi giurisprudenziali che rilevano nella fattispecie.

17.1. Con la pronuncia del 4 giugno 2019 nella causa C-425/18 (richiamata anche dal provvedimento impugnato) la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha statuito, con riferimento alla valenza da attribuire ai provvedimenti sanzionatori emessi da un'autorità *antitrust* nazionale, che *"la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare, quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d) della direttiva 2004/18"*.

Sempre la pronuncia sopra citata ha chiarito anche che sono valutabili come grave errore professionale condotte sanzionate con provvedimento anche non divenuto definitivo (Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; si veda anche Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1381).

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016, infatti, consente alla stazione appaltante di accertare "*con mezzi adeguati*" che l'operatore si è reso colpevole di un "*grave illecito professionale tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*", senza restrizioni ai soli provvedimenti inoppugnabili o confermati da sentenze passate in giudicato; diversamente, la norma si porrebbe in contrasto con il dato normativo (cfr. sul punto, Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479 , oltre che Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2022, n. 845).

17.2. Tuttavia, come affermato sempre dalla menzionata pronuncia, la decisione dell'Autorità nazionale garante della concorrenza non può comportare l'esclusione automatica dell'operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza dell'errore grave necessita, infatti, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato dal provvedimento.

17.3. Pertanto, se, da un lato, alla luce della richiamata pronuncia della Corte di Giustizia, è ora indubbio che per "*errore grave nell'esercizio dell'attività professionale*" si intenda anche l'intesa anticoncorrenziale conclusa dall'operatore economico al fine di alterare a suo favore il libero dispiegarsi della concorrenzialità nell'ambito di una precedente procedura di gara (in tal senso Cons. Stato, V, n. 2260/2020 e giurisprudenza ivi richiamata; si veda anche Cons. Stato, V, 21 gennaio 2020, n. 474), dall'altro lato i fatti presi in considerazione dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato – e cioè le possibili condotte scorrette restrittive della concorrenza che hanno determinato l'irrogazione della sanzione – devono essere valutati discrezionalmente dalla stazione appaltante la quale deve determinarsi sulla sussistenza o meno di un grave illecito professionale tale da rendere dubbia la affidabilità e l'integrità dell'operatore economico concorrente.

17.4. Occorre, dunque, che nel fondare il proprio giudizio, la Stazione appaltante effettui un'autonoma valutazione della rilevanza dell'illecito sanzionato, senza che ne derivi alcun automatismo espulsivo.

17.5. Da un punto di vista contenutistico, la motivazione del provvedimento deve contenere: *a)* l'indicazione dell'idoneità della fonte tramite cui la stazione appaltante ha avuto conoscenza dell'illecito commesso; *b)* la verifica di pertinenza dei fatti ai fini della loro attitudine a riflettere la negligenza o la mala fede del concorrente; *c)* il controllo della loro rilevanza, anche quanto a gravità, da valutarsi non riportandosi pedissequamente al provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, ma svolgendo un giudizio autonomo sugli elementi di fatto acquisiti e sulle ripercussioni idonee ad incidere negativamente sul rapporto di fiducia tra contraente pubblico e privato (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479).

La stazione appaltante deve, dunque, dare adeguato conto nella motivazione del provvedimento di aver effettuato un'autonoma valutazione delle fonti di prova e di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all'apprezzamento di integrità e affidabilità professionale del concorrente.

17.6. Tale valutazione è espressione di ampia discrezionalità con la conseguenza che la motivazione dell'esclusione deve essere adeguata e puntuale, e deve esplicitare le conclusioni dell'amministrazione aggiudicatrice in modo chiaro e intellegibile dall'operatore economico, non essendo sufficiente un mero rinvio al provvedimento dell'AGCM e alle conclusioni ivi raggiunte, ma dovendo la rilevanza dell'illecito commesso essere calata nel caso concreto esaminato.

Il giudizio espresso dall'amministrazione aggiudicatrice è censurabile in sede giurisdizionale qualora ricorrano profili di illogicità, irrazionalità, abnormità o travisamento dei fatti (sui limiti del sindacato giurisdizionale su tale valutazione si rinvia alle statuizioni di cui alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223)

17.7. Nell'esprimere tale giudizio spetta in via esclusiva alla stazione appaltante valutare in concreto anche se le misure di *self-cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico colpito da una causa di esclusione siano idonee e sufficienti a ristabilirne l'integrità o affidabilità professionale e a porla al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali.

17.8. La previsione dell'art. 80, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*"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"*) non fa che ribadire l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'amministrazione anche sullo specifico aspetto delle misure di *self-cleaning*.

17.9. Quanto all'efficacia delle misure e alla loro rilevanza per la partecipazione a gare successive, va chiarito che i precedenti giurisprudenziali secondo cui tali iniziative hanno valenza soltanto *pro futuro*, quindi per la partecipazione a procedure successive alla loro adozione, non potendo sanare situazioni pregresse, senza alcun effetto retroattivo (cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent. 22 luglio 2021, n. 5517; Cons. Stato, Sez. III, 11 gennaio 2022, n. 183; id. 11 gennaio 2022, n. 191; nello stesso senso V, 3 agosto 2022, 6822 e V, 2260/2020 cit.) *"non vanno intesi nel senso che, valendo le misure di self cleaning per il futuro, esse sono del tutto prive di significato nell'ambito della gara iniziata prima della loro adozione, ma piuttosto che il giudizio di "sufficienza" delle misure adottate di cui è detto nella disposizione del Codice dei contratti pubblici consente da solo di prevenire l'esclusione dell'operatore economico quando l'emenda era già intervenuta prima della presentazione delle offerte"* (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4363).

Pertanto, l'adozione delle misure medesime in corso di procedura non è affatto un evento la cui valutazione sia preclusa alla stazione appaltante *tamquam non esset*. All'opposto, rientra nel prudente apprezzamento della stazione appaltante tenere conto delle misure di *self-cleaning* adottate in corso di procedura e valutare la loro idoneità (o meno, eventualmente anche in ragione della tardività dell'intervento riparatore) a garantire l'affidabilità dell'operatore economico nella fase esecutiva dello specifico appalto di che trattasi (così Cons. Stato, V, 4363/2022 cit.; si veda anche Cons. Stato, V, 17 gennaio 2023, n. 559; Sez. III, 20 febbraio 2023, n. 1700).

18. Orbene, la sentenza appellata è corretta e va confermata nella parte in cui, in applicazione dei richiamati principi, ha ritenuto che non è mancata nella specie un'autonoma valutazione da parte della stazione appaltante della rilevanza assunta dal provvedimento AGCM ai fini dell'esclusione della società -OMISSIS-.

18.1. Infatti l'atto gravato ha fatto esplicito riferimento nella sua motivazione, richiamandolo per *relationem*, alla nota del RUP prot. n. -OMISSIS-del 20 marzo 2020.

18.2. In tale nota, dopo una compiuta analisi degli elementi in suo possesso il RUP ha autonomamente valutato le fonti di prova, considerando la pertinenza e rilevanza delle circostanze di fatto incidenti sull'affidabilità e integrità della società -OMISSIS-, senza affatto limitarsi, come deduce l'appellante, a un acritico recepimento del provvedimento sanzionatorio *antitrust* o al mero richiamo ai precedenti giurisprudenziali che ascrivono a tale provvedimento valenza potenzialmente escludente dalle procedure di gara.

18.3. La motivazione è sul punto adeguata ed esaustiva, dando conto delle ragioni per cui si è ritenuta completa e affidabile l'istruttoria posta in essere dall'AGCM in merito al comportamento della -OMISSIS- in violazione del principio di concorrenza.

18.3. È stata infatti compiuta - quanto alla fonte di conoscenza dell'illecito - un'approfondita disamina del provvedimento n. -OMISSIS-/19 dell'AGCM con particolare riferimento alla posizione assunta da -OMISSIS- nella commissione dell'illecito e alle condotte attuative dell'intesa, tramite una modalità a scacchiera tale da evitare contrapposizioni concorrenziali (si veda pagg. 2-8 della nota).

18.4. Il RUP evidenzia, inoltre, di aver maturato la propria convinzione in ordine alla pertinenza dei fatti anche in considerazione del fatto che la -OMISSIS- era già in precedenza stata sanzionata per una condotta del tutto sovrapponibile a quella che viene qui in rilievo, con provvedimento dell'AGCM n. -OMISSIS-del 22 dicembre 2015.

18.5. Risulta parimenti eseguito il controllo di rilevanza, quanto a gravità dell'illecito. Il RUP ha poi evidenziato di aver integrato le informazioni acquisite tramite il provvedimento sanzionatorio mediante acquisizione della dichiarazione resa dalla società -OMISSIS- ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n.

50/2016, da cui erano risultate sentenze definitive di condanna emesse nei confronti della stessa per inadempimenti contrattuali.

18.6. È, pertanto, infondato il primo motivo di appello con cui si sostiene che l'analisi condotta dal RUP non sarebbe espressiva di un'autonoma valutazione della rilevanza assunta dal provvedimento AGCM quanto alla affidabilità di -OMISSIS-.

19. È invece fondato, nei limiti di seguito chiariti, il secondo motivo di appello.

20. Con tale mezzo si sostiene che la sentenza sarebbe incorsa in quattro errori quanto alla valutazione delle misure di *self-cleaning* da parte della stazione appaltante.

20.1. In primo luogo la sentenza avrebbe errato nel confermare la legittimità dell'esclusione sebbene la stazione appaltante avesse omissso la valutazione delle misure di *self-cleaning* intraprese da -OMISSIS- nei mesi di gennaio e maggio 2016 e, quindi, prima di presentare l'offerta per la gara oggetto di causa.

20.2. In secondo luogo il T.a.r. avrebbe erroneamente condiviso la valutazione espressa dalla stazione appaltante di aprioristica irrilevanza delle misure di *self-cleaning* adottate da -OMISSIS- a partire dal mese di ottobre 2016, perché implementate dopo aver partecipato alla gara, in forza di una interpretazione che assegna a tali iniziative una rilevanza solo *pro futuro*, contrastante col diritto eurounitario.

20.3. Il terzo errore consisterebbe nell'aver il Tribunale amministrativo sostituito la propria valutazione a quella della stazione appaltante in merito all'asserita irrilevanza delle misure di *self-cleaning* non valutate da quest'ultima.

20.4. Infine, la sentenza avrebbe erroneamente condiviso la valutazione di irrilevanza e insufficienza espressa dalla stazione appaltante in merito alle misure assunte da -OMISSIS-.

21. I rilievi dell'appellante sono in parte condivisibili e vanno accolti, alla stregua delle seguenti osservazioni.

22. -OMISSIS- ha riscontrato la richiesta di documentazione in relazione alle misure di *self-cleaning* adottate a fronte del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM n. -OMISSIS- con la nota del 24 gennaio 2020.

Dopo aver precisato che tali misure sono state poste in essere dalla società “*a seguito del provvedimento n. -OMISSIS-, riferito alla Gara Consip – servizio di pulizia nelle scuole, notificata in data 20 gennaio 2016, con cui l'Autorità Garante del Mercato ha irrogato una sanzione amministrazione pecuniaria*”; e che, pertanto esse “*sono successive ai fatti (risalenti al 2014) contestati nel provvedimento sanzionatorio n. -OMISSIS- dell'AGCM del 13 maggio 2019*” con la “*Relazione esplicativa sulle misure di self-cleaning*”, allegata alla nota menzionata la società ha illustrato le iniziative intraprese a partire dal mese di settembre 2016. Tali iniziative sono riassunte

nella nota del RUP del 20 marzo 2020 (cfr. pagg. 8-9), costituente motivazione *per relationem* del provvedimento impugnato.

22.1. Con le controdeduzioni del 21 maggio 2020, corredate di 14 allegati (doc. 10 fascicolo di primo grado) -OMISSIS-, ad integrazione della precedente nota del 24 gennaio 2020 e anche in replica alla proposta di esclusione formulata dal RUP con la nota del 20 marzo 2020, evidenziava di aver adottato misure di *self-cleaning* anche prima di presentare l'offerta per il Lotto 2, fin dai giorni immediatamente successivi all'irrogazione della prima sanzione AGCM.

-OMISSIS-, in particolare, precisava e documentava, tra l'altro, di: *a)* aver provveduto alla nomina del nuovo Consiglio di Gestione con deliberazione assunta nella seduta del 29 aprile 2016 mediante la sostituzione di dieci nuovi componenti degli undici del precedente Consiglio in carica nel 2014; *b)* di aver contribuito in qualità di socio di -OMISSIS- (anch'esso sanzionato dall'AGCM) «*nel corso dell'assemblea dei soci del 18 maggio 2016, con il proprio voto favorevole, a far approvare rilevanti modifiche degli organi sociali consortili, incidenti sui principali atti che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento del Consorzio medesimo*», nella prospettiva di «*garantire il rispetto delle regole della concorrenza nelle gare d'appalto*», adottando misure e procedure aziendali che avrebbero, a suo dire, inciso profondamente sulle dinamiche consortili dettagliatamente specificate nelle controdeduzioni.

22.2. Alla luce delle risultanze di causa, sono, dunque, fondate le critiche rivolte dall'appellante alla sentenza di prime cure nella misura in cui, per un verso, il primo giudice ha confermato la legittimità dell'esclusione benché la stazione appaltante abbia omissso la valutazione delle misure di *self-cleaning* intraprese da -OMISSIS- antecedentemente alla partecipazione alla procedura di gara, già a decorrere dal mese di gennaio 2016 (documentante da -OMISSIS- nelle controdeduzioni del 21 maggio 2020), e per altro verso, pur riconoscendo l'assenza di una siffatta valutazione, ha autonomamente esaminato le ragioni di inadeguatezza e insufficienza di tali iniziative.

22.3. Sotto il primo profilo, non può condividersi la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la stazione appaltante non avrebbe dovuto prendere in considerazione le sopra richiamate misure in quanto «*pervenute dopo il termine di quindici giorni a decorrere dal 16 maggio 2020*».

-OMISSIS- ha, infatti, provato di aver trasmesso a Disco Lazio le proprie controdeduzioni recanti la descrizione delle ulteriori misure di *self-cleaning* assunte e implementate prima di partecipare alla gara (integrale rinnovo della governance aziendale della società tramite sostituzione di 10 degli 11 componenti il consiglio di gestione in carica nel 2014; approvazione di modifiche degli organi consortili nel maggio 2016) a distanza di soli sei giorni dalla data del 16 maggio 2020, segnatamente il 22 maggio 2020 (e quindi ben prima che fossero decorsi i 15 giorni inizialmente assegnati per tale incombenza)

Ciò è stato documentato negli atti di causa, in assenza di specifiche contestazioni da parte dell'amministrazione sull'avvenuta ricezione, mediante il deposito della stampa della ricevuta di consegna della PEC.

22.4. Sotto il secondo profilo, deve rilevarsi che in violazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. il giudice di prime cure ha sostituito la propria valutazione a quella della stazione appaltante in merito all'asserita irrilevanza delle misure di *self-cleaning* non valutate da quest'ultima.

In particolare, ciò è avvenuto laddove la sentenza appellata ha evidenziato che siffatte misure correttive «*non appaiono idonee a modificare il giudizio cui la stessa è giunta, circa la loro inidoneità ed insufficienza*», ha rilevato espressamente che «*il rinnovo degli organi sociali appare attività del tutto prodromica rispetto alle iniziative successivamente intraprese, peraltro, già valutate come insufficienti dalla S.A., con motivazione che si reputa idonea e immune dai vizi contestati*», ha ritenuto che «*non è sufficiente limitarsi a dimostrare il rinnovo degli organi societari (senza che peraltro il rinnovo sia accompagnato da un'azione di responsabilità nei loro confronti), senza dare prova che le iniziative intraprese siano state accompagnate da adeguate misure organizzative e gestionali idonee a scongiurare il ripetersi di analoghi episodi, ciò soprattutto nel caso, come quello che viene qui in esame, opportunamente evidenziato nella nota del RUP, l'operatore abbia reiterato la condotta sanzionata in più occasioni*».

22.5. In definitiva, il provvedimento impugnato, sebbene abbia valutato autonomamente il provvedimento sanzionatorio, non contiene alcuna valutazione sulle misure di *self-cleaning ante gara*: le ha invece valutate il T.a.r. reputandole inadeguate e inidonee; ma, così facendo, si è inammissibilmente sostituito all'amministrazione alla quale spetta in via esclusiva valutare se le iniziative messe in opera dall'impresa concorrente siano effettivamente atte a prevenire la commissione di ulteriori illeciti *antitrust*, ponendola al riparo dal ripetersi di condotte analoghe a quelle sanzionate dall'AGCM.

22.6. Quanto, invece, alle misure successive alla presentazione dell'offerta da parte di -OMISSIS- a prescindere dalla loro valenza o meno *pro futuro* è assorbente quanto rilevato dalla sentenza appellata, e cioè che in ogni caso nel provvedimento impugnato l'amministrazione non ha considerato le misure *tamquam non essent* in quanto avviate successivamente alla presentazione dell'offerta, ma le ha esaminate e giudicate insufficienti, instaurando con riferimento alla loro efficacia un esplicito contraddittorio (si veda, in proposito, il verbale della riunione del 10 febbraio 2020 in cui il RUP chiede «*informazioni attinenti al ruolo e alle funzioni svolte dal "Comitato consultivo per la verifica della compliance" rispetto alla normativa appalti, antitrust e d.lgs. n. 231/01*»).

22.7. In tal senso, si è detto che, come chiarito dalla giurisprudenza, non vi è un impedimento assoluto a valutare misure successive alla presentazione dell'offerta, essendo una siffatta valutazione rimessa al prudente apprezzamento della stazione appaltante.

Nel caso di specie il provvedimento indica, sia pur con i limiti di cui si dirà, i motivi per cui le scelte sono modeste rispetto all'ampio spettro di problematiche amministrative e giudiziarie nelle quali è incorsa e sta incorrendo la società.

In particolare, giova in proposito richiamare il passaggio riportato a pag. 13 della nota del RUP del 20 marzo 2021 in cui è sottolineato che tutti i controlli sono eseguiti da soggetti interni alla società e che *“solo in alcuni casi, non meglio precisati, vi è la possibilità di sottoporre a un esperto (società di revisione contabile – professore universitario in materie economiche revisore contabile o commercialista) la valutazione dei criteri utilizzati dalla società per la formulazione dell'offerta”*). Pertanto, nessun aprioristico giudizio di irrilevanza delle misure di *self cleaning* successive alla gara può imputarsi all'amministrazione.

Il che priva di rilevanza nella presente fattispecie le questioni di interpretazione pregiudiziale del diritto eurounitario (in particolare, l'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE) e di costituzionalità (in relazione agli artt. 2, 3, 25, 41, 97, 76 e 117 comma 1 Cost.) prospettate dall'appellante.

Infatti, il giudizio sulla inadeguatezza delle misure correttive adottate dalla società -OMISSIS-, a partire dal 1 settembre 2016, che si è poi riverberato sul giudizio di inaffidabilità della società che ha condotto alla sua esclusione, non ha fatto leva soltanto sul principio della mera rilevanza «pro futuro» del *self-cleaning* rispetto al termine fissato per la presentazione delle offerte: a prescindere dalla loro efficacia temporale e dalla circostanza che esse siano state assunte e rese operative dopo la partecipazione alla gara, la stazione appaltante le ha stimate in concreto insufficienti e inadeguate a ripristinare la moralità professionale dell'operatore economico.

22.8. Tuttavia, rileva il Collegio che tale valutazione si espone alle fondate censure di difetto di motivazione e di istruttoria articolate da parte appellante.

Come evidenziato, la valutazione della gravità dell'illecito professionale e della incidenza sull'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico non può essere disgiunta dalla valutazione delle misure di *self-cleaning* adottate e della loro idoneità sul piano organizzativo e tecnico dell'impresa a prevenire ulteriori illeciti, consentendo il superamento dei dubbi insorti sull'affidabilità dell'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2023, n. 7949).

La motivazione dell'esclusione fondata sulla ritenuta insufficienza di tali misure deve esplicitare le conclusioni dell'amministrazione aggiudicatrice in modo chiaro e intellegibile dall'operatore economico.

22.9. Per converso, nel caso di specie, non si ravvisa una adeguata e puntuale motivazione sulle plurime misure di *self-cleaning* assunte dalla società a partire del mese di settembre 2016 e ulteriormente affinate nei mesi successivi.

Invero, la motivazione circa l'insufficienza delle misure correttive appare sul punto scarna e non esaustiva essendo unicamente affidata, da un lato, a un generico riferimento a provvedimenti di risoluzione e revoca che -OMISSIS- avrebbe subito nel 2017 (circostanza espressamente contestata dall'appellante, specie in merito alle vicende sanzionate dall'Autorità garante della concorrenza con il provvedimento del 2019), per altro verso alla isolata considerazione non supportata da ulteriori argomenti per cui apparirebbe *“di dubbia efficacia un controllo sulle procedure delegato, in ultima analisi, ad un Comitato consultivo composto stabilmente da tre membri interni all'azienda”*.

Di conseguenza, se da un lato non risultano compiutamente indicate le circostanze poste alla base del giudizio di insufficienza delle misure correttive assunte dall'operatore economico e della sua conseguente esclusione, dall'altro non risultano in alcun modo valutati i chiarimenti forniti da -OMISSIS- con le controdeduzioni del 21 maggio 2020 in merito al ruolo e alle funzioni svolte dal “Comitato Consultivo per la verifica della Compliance” rispetto alla normativa appalti, antitrust e D.Lgs n. 231/01 (secondo quanto richiesto dal RUP nel verbale del 10 febbraio 2020).

In particolare, a quest'ultimo riguardo -OMISSIS- ha preso espressamente posizione sui rilievi avanzati dal RUP, laddove ha precisato che: a) il Comitato consultivo non è misura contemplata dall'AGCM, bensì *“integrativa e funzionale alla corretta e puntuale esecuzione degli obiettivi del Programma di Antitrust Compliance”*; b) detto Comitato è stato voluto *“per incrementare la sensibilità aziendale nei processi di partecipazione alle gare pubbliche”*.

Tuttavia, la stazione appaltante non ha minimamente tenuto conto di tali controdeduzioni, formalizzate dalla società appellante e supportate dalla documentazione allegata alla memoria di controdeduzioni, né ha esplicitato, nella motivazione del provvedimento finale, le ragioni del loro mancato accoglimento.

Inoltre, non è stata svolta alcuna valutazione su una serie di ulteriori misure di *compliance antitrust* assunte dalla società, così come indicate nella nota del 24 gennaio 2020 e puntualmente elencate nella nota del RUP del 20 marzo 2020 (v. pagg. 8-9).

23. In conseguenza dell'accoglimento del secondo motivo di appello nei limiti chiariti devono essere esaminati i motivi di censura assorbiti dalla sentenza di primo grado e riproposti dall'appellante, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., attinenti alle ulteriori ragioni poste a fondamento dell'esclusione impugnata e incentrati sulla violazione del principio di proporzionalità e dei principi eurounitari.

24. Anche tali motivi sono fondati.

25. In primo luogo, devono essere accolte le censure di *“eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, violazione dell’art. 80, co. 5 lett. c) e c-bis) del d.lgs. n. 50/2016, dell’art. 57, par. 4 lett. g) e h) della Direttiva 2014/24/UE, delle Linee Guida ANAC n. 6/2016 – motivazione contraddittoria”*, con riferimento al terzo motivo di esclusione, in ragione della omessa dichiarazione sulla pendenza del procedimento istruttorio avviato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (avviato il 21 marzo 2017 e poi definito con il provvedimento sanzionatorio del 2019).

25.1. In particolare, si contesta alla società appellante di aver omesso *“un’informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”* richiamando poi a supporto della propria decisione di escluderla dalla gara le statuizioni di cui alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 20 ottobre 20220 n. 27770, resa nei confronti della stessa -OMISSIS-, laddove richiama *«l’orientamento che parifica la dichiarazione omessa alla falsa dichiarazione [...] in relazione ai comportamenti illeciti che possono determinare l’esclusione dalla gara»*; e inoltre la decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16, la quale *«ha chiarito (...) entro quali limiti sia possibile equiparare l’omissione delle informazioni dovute alle dichiarazioni false e fuorvianti»*.

25.2. Rileva il Collegio che l’omissione dichiarativa contestata a -OMISSIS- non poteva di per sé costituire motivo di possibile esclusione per grave illecito professionale.

25.3. In primo luogo, giova rammentare che, come statuito dalla Corte di giustizia dell’Unione europea (cfr. sentenza nella causa C-425/18), ai sensi dell’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 [corrispondente all’art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE], relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi costituiscono *«errore grave»* i comportamenti che integrano una violazione delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall’autorità nazionale garante della concorrenza con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale: si è detto che una siffatta violazione deve essere valutata autonomamente da un’amministrazione aggiudicatrice per escludere eventualmente tale operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

25.4. È dunque il provvedimento sanzionatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato a costituire grave errore professionale potenzialmente incidente sull’affidabilità e sulla moralità dell’operatore economico.

25.5. Nel caso di specie, l’omissione dichiarativa contestata alla società si riferisce invece alla mera pendenza dell’istruttoria avviata dall’AGCM e non ai *«provvedimenti esecutivi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [...] per illeciti antitrust aventi effetti sulla contrattualistica*

pubblica» (ai quali unicamente si riferiscono le Linee Guida ANAC n. 6/2016, richiamate anche dal provvedimento impugnato).

25.6. Non è poi superfluo rammentare che risulta ormai acclarata la differenza giuridica tra omessa dichiarazione e falsa dichiarazione: la giurisprudenza ha infatti chiarito, sul piano interpretativo, la differenza tra dichiarazioni omesse e false, riconducendo le due ipotesi rispettivamente nell'ambito dell'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*), ovvero lett. f-*bis*), del sopravvenuto d.lgs. n. 50 del 2016.

25.7. In particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16, ha precisato che le fattispecie riconducibili nella prima previsione non consentono l'esclusione automatica dalla procedura di gara, ma impongono alla stazione appaltante di svolgere la valutazione di integrità ed affidabilità del concorrente. Al contrario, la falsità dichiarativa ha attitudine espulsiva automatica ed è predicabile rispetto ad un "*dato di realtà*", ovvero ad una situazione fattuale per la quale possa porsi l'alternativa logica "*vero/falso*" rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore (Cons. Stato, IV, 30 dicembre 2020, n. 8532).

La possibilità di ritenere integrata l'una o l'altra fattispecie dipende non dall'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (le pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto piuttosto dalla condotta dell'operatore economico: che nel caso di omissione presuppone la violazione di un obbligo comunicativo e ricorre quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "*grave illecito professionale*"; nel caso di falsa dichiarazione presuppone il compimento e, quindi, l'esistenza di una attività o dichiarazione consapevolmente rivolta a fornire una rappresentazione non veritiera e ricorre se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero (Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 307).

25.9. A ciò si aggiunga che l'omessa dichiarazione contesta a -OMISSIS- non comporta automaticamente l'esclusione dalla gara, ma la rilevanza del fatto che potrebbe costituire motivo di esclusione per grave illecito professionale va valutata dalla stazione appaltante, all'esito di un procedimento in contraddittorio (Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1496).

Nel caso di specie però è del tutto mancata anche una concreta ed effettiva valutazione sulla rilevanza della omissione dichiarativa da parte della stazione appaltante.

26. È, infine, fondato anche il motivo con cui si contesta l'erronea valutazione quale ulteriore ragione di esclusione dell'iscrizione nel casellario informativo dell'ANAC di un provvedimento ex art. 38, comma 1-*ter*, del d.lgs. n. 163/2006 annotata il 25 dicembre 2020.

26.1. L'appellante ripropone a riguardo le censure, assorbite dalla sentenza di primo grado, di violazione degli artt. 38, comma 1-*ter*, del d.lgs. 163/2006 e 80, comma 5 lett. c) e lett. f), commi 6 e 12, del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 57, par. 4, della Direttiva n. 2014/24/UE, nonché di eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, di violazione del principio di proporzionalità, dei

principi eurounitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, di parità di trattamento, di non discriminazione.

In particolare, la società -OMISSIS- sostiene che abbia errato la stazione appaltante nel qualificare l'interdittiva ANAC come causa di esclusione dalle gare ai sensi dell'art. 80, comma 5 lett. f) e lett. c); lamenta la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e sostiene altresì che l'omissione di informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione può rilevare quale motivo di esclusione nella singola gara in cui si verifica, ma non configura grave errore professionale ai fini della partecipazione a quelle successive.

26.2. Anche tali censure vanno accolte in considerazione di quanto evidenziato dall'appellante.

26.3. Nelle more del giudizio, con sentenza della V Sezione n. -OMISSIS-del 25 gennaio 2022 (doc. 1 depositato 7 giugno 2022), il Consiglio di Stato, dopo aver qualificato il provvedimento interdittivo annotato nel casellario ANAC il 25 dicembre 2020 (che ha costituito il quarto motivo dell'esclusione) quale provvedimento di conferma propria della Delibera ANAC -OMISSIS-del 25 ottobre 2017 (e, quindi, quale atto che *«per sua natura, assorbe e sostituisce l'atto confermato [i.e. la Delibera n. -OMISSIS-], senza che dunque si determinino preclusioni derivanti dal precedente provvedimento»*), lo ha annullato, accogliendo l'appello proposto da -OMISSIS- avverso la sentenza del T.a.r. Lazio 29 marzo 2021, n. -OMISSIS-, che aveva dichiarato inammissibile il ricorso contro la nota ANAC in data 24 dicembre 2020 recante *“notifica inserimento di annotazione interdittiva”* e la successiva annotazione nel casellario effettuato il 25 dicembre.

26.4. In particolare, tale decisione ha ritenuto fondato il motivo con cui si reiterava il vizio sostanziale, *“ravvisato nella violazione dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, in combinato disposto con il comma 1, lett. h), dello stesso articolo, nella considerazione che i provvedimenti impugnati siano illegittimi, non essendo oggettivamente configurabile alcuna presentazione di falsa dichiarazione in ordine ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alla gara, ma solamente l'omessa dichiarazione di una procuratrice speciale della società, non sanzionabile con l'annotazione nel casellario informatico”*.

26.5. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha, infatti, rilevato come solo la falsa dichiarazione (unitamente alla falsa documentazione) *“assume valore, a termini dell'art. 38, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, ma anche dell'analogo art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella prospettiva della segnalazione all'ANAC, la quale, ove la ritenga resa con dolo o colpa grave, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalla gara e dagli affidamenti di subappalti”*, precisando altresì che il sopravvenuto chiarimento giurisprudenziale di cui alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020 *“non ha una “portata innovativa”, in quanto, come detto, già l'art. 38, comma 1-ter, limitava, come emerge dalla sua ermeneusi letterale, la segnalazione alle*

ipotesi di falsa dichiarazione o falsa documentazione, locuzione che comunque non ammette un'interpretazione estensiva (nei confronti delle dichiarazioni omesse), operando il principio di stretta tipicità legale della fattispecie sanzionatoria”.

26.6. Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha annullato i provvedimenti impugnati da -OMISSIS- sul rilievo che l'art. 38, comma 1-ter, non si applica al di fuori dei casi considerati di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione (falsità che presuppone una dichiarazione recante una *immutatio veri*, ed è distinta dalla omessa dichiarazione), laddove “*nel caso di specie, una dichiarazione non è mai stata presentata e il potere interdittivo è stato esercitato nei confronti di una omessa dichiarazione, per di più innocua*”.

26.7. L'annullamento del provvedimento di annotazione interdittiva nel casellario in virtù del giudicato ha comportato, come dedotto dall'appellante, il venir meno del presupposto alla base della quarta autonoma ragione giustificatrice dell'esclusione censurata in questo giudizio.

27. Alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, fatto salvo il riesercizio del potere da parte della stazione appaltante in conformità a quanto statuito nella presente decisione.

28. La particolare complessità della controversia integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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 9, paragrafo 1, 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 la società appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Marco Valentini, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere