



Nel subprocedimento di verifica dei requisiti in corso di gara mentre è cogente il termine imposto ai concorrenti per produrre la documentazione a comprova dei requisiti dichiarati, pena l'esclusione, viceversa la pa non soggiace a termini perentori.

La regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto

Il termine per la conclusione dei procedimenti amministrativi di cui all'art. 2 della L. 241/1990, in linea generale, è pacificamente un termine meramente ordinatorio/acceleratorio, in mancanza di diversa espressa previsione di legge, e la sua violazione non produce l'illegittimità del provvedimento conclusivo. In particolare, per quanto riguarda il subprocedimento di verifica dei requisiti in corso di gara, mentre è cogente il termine imposto ai concorrenti per produrre la documentazione a comprova dei requisiti dichiarati, pena l'esclusione dalla gara, viceversa l'Amministrazione non soggiace a termini perentori, ben potendo espletare l'attività istruttoria ritenuta necessaria. Pertanto, l'esclusione della ricorrente, nel caso di specie, non è dipesa dalla lamentata "condotta inerte per anni" di Consip, né da mancanza di imparzialità e trasparenza, quanto piuttosto da una ponderata valutazione attraverso l'acquisizione di una pluralità di elementi concernenti la ricorrente e la sua dante causa, frutto di legittimo approfondimento istruttorio.

L'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale; l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente, atteso che sono certamente riconducibili al patrimonio della società o dell'imprenditore cessionari. I requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività

propria del ramo o dell'azienda ceduta. In caso di subentro di una società ad altra a seguito di affitto di azienda opera la presunzione di continuità in quanto sia pure mediante percezione del canone per la durata dell'affitto, il locatore si giova dei risultati economici dell'azienda conseguiti dalla successiva gestione e l'affittuario a sua volta si giova delle referenze del complesso aziendale acquisito. La continuità dell'attività imprenditoriale ben può verificarsi in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda a titolo particolare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia. Il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze sullo stesso piano delle eventuali responsabilità del cedente. Pertanto, senza alcun dubbio, la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto.

La circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici. L'elencazione delle cause rilevanti sulla valutazione di affidabilità del concorrente, sotto la vigenza del precedente e dell'attuale codice, deve intendersi come meramente esemplificativa, di talché la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti professionali" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto

fiduciaria.

L'estensione dell'obbligo di attestazione dei requisiti di moralità agli amministratori cessati dalla carica (nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando) nonché agli amministratori cedenti l'azienda anche in forza di contratto di affitto (o la cui azienda sia stata fusa per incorporazione) mira ad evitare la partecipazione alla procedura di gara di una società già utilizzata per commettere illeciti e "ripulita" mediante il ricambio degli amministratori, ovvero attraverso un successivo passaggio di mano; ciò in ragione di una presunzione di continuità tra la vecchia e nuova gestione imprenditoriale - tale che le vicende circolatorie sottendono, in realtà, l'unicità dell'imprenditore - che, pure, può essere superata dando la prova della cesura tra l'una e l'altra.

Materia: appalti / requisiti di partecipazione

Pubblicato il 22/07/2021

N. 05517/2021REG.PROV.COLL.

N. 00683/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 683 del 2021, proposto

da -OMISSIS- in proprio e quale mandante del costituendo RTI con -OMISSIS- mandante e -OMISSIS- capogruppo mandataria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Piero Guido Alpa, Patrizio Leozappa e Luca Di Donna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 15;

contro

Consip S.p.A. a socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

-OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'annullamento del provvedimento di Consip S.p.A. di esclusione del RTI con le società indicate in epigrafe dai Lotti 9 e 11 della "Gara a procedura aperta per l'affidamento di un -OMISSIS-, in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni Sanitarie, -OMISSIS-", nonché dei successivi provvedimenti di Consip S.p.A. -OMISSIS- relativi alla escussione delle cauzioni provvisorie.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.A. a Socio Unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021 svoltasi in videoconferenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28/2020 e 25, comma 1, del decreto-legge n. 137/2020, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Patrizio Leozappa e Luca Di Donna e l'Avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR per il Lazio -OMISSIS-, la ricorrente impugnava il provvedimento di Consip S.p.A. (d'ora in avanti, Consip), prot. -OMISSIS- avente ad oggetto l'esclusione ex artt. 79, comma 5, lett. b), e 38, comma 1, lett. f), del D.lgs. n. 163/2006 del costituendo RTI con le società indicate in epigrafe dai Lotti 9 e 11 della "Gara a procedura aperta per l'affidamento di un -OMISSIS-, in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni Sanitarie, -OMISSIS-", di cui al Bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. -OMISSIS- e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. -OMISSIS- "; il provvedimento di Consip S.p.A. -OMISSIS- relativo alla escussione della cauzione

provvisoria emessa dalla -OMISSIS- per il Lotto 9 di importo pari a Euro 525.000,00; il provvedimento di Consip S.p.A. -OMISSIS- relativo alla escussione della cauzione provvisoria emessa dalla -OMISSIS- per il Lotto 11 di importo pari a Euro 635.000,00; gli atti presupposti, connessi e/o conseguenti, tra cui il Provvedimento di Consip S.p.A. -OMISSIS-, con cui è stata data comunicazione ad ANAC dell'esclusione ai sensi dell'art. 8, lett. r) ed s), del D.P.R. n. 207/2010 ai fini dell'inserimento nel casellario informatico.

2.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR rigettava il ricorso e condannava la ricorrente alle spese di giudizio.

2.1. - Il TAR ha ritenuto che alcuna illegittimità può inferirsi dalla lungaggine delle operazioni di gara e nessuna lesione del contraddittorio è ravvisabile in quanto Consip ha consentito alla ricorrente una congrua interlocuzione, dapprima ammettendola in gara con riserva e quindi disponendone l'esclusione dopo attenta ponderazione.

2.2. - Ai fini escludenti Consip non ha considerato l'illecito antitrust in senso proprio, ma ha tratto anche dallo stesso provvedimento di AGCM -OMISSIS- e dalla sua istruttoria elementi rilevanti in ordine alle contestate vicende penali che hanno toccato soggetti che rivestivano cariche ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett b) e lett. c) del D.lgs. n. 163/2006.

L'Amministrazione nell'esercizio del potere tecnico discrezionale e nell'autonomia della valutazione dei requisiti di ordine generale ben può formare il proprio convincimento su ogni tipo di prova e risultanza vigendo in tale campo un

immanente principio di atipicità, con l'unico limite della significatività delle circostanze accertate e, nella fattispecie, l'Amministrazione ha fondato la propria valutazione, innanzitutto, sul rinvio a giudizio a carico dell'ex Presidente del CDA di -OMISSIS- S.p.A. (d'ora in avanti, -OMISSIS-) cessato dalla carica -OMISSIS-, ed sul procedimento penale avviato nei confronti del -OMISSIS- e del -OMISSIS- della medesima società.

2.3. - Consip ha correttamente applicato il disposto di cui all'art. 38 comma 1 lett b) e c) del D.lgs. n. 163/2006 secondo cui l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando ovvero cessati in corso di procedura, qualora l'impresa non dimostri una completa ed effettiva dissociazione rispetto alla condotta penalmente sanzionata.

La riferibilità della causa escludente è attestata dal fatto che le vicende penali hanno coinvolto il management di -OMISSIS- e della stessa -OMISSIS-, posto che il contestato reato è stato addebitato al Presidente di -OMISSIS- poi cessato in -OMISSIS-; al procuratore di -OMISSIS- poi direttore tecnico e procuratore di -OMISSIS-, ad un ulteriore procuratore di -OMISSIS- poi divenuto consigliere di -OMISSIS-; nonché, da ultimo, al Presidente di -OMISSIS-, tutti soggetti cessati dalla carica nel periodo sospetto previsto dalla normativa di riferimento.

2.4. - Il TAR ha ritenuto, quanto alla congruità del giudizio, che l'Amministrazione ha giustamente valorizzato la gravità della

condotta, anche in assenza di una condanna passata in giudicato. Quanto alla continuità tra -OMISSIS- e la ricorrente, Consip ha applicato i principi che regolano il contratto di affitto di azienda in virtù dei quali l'affittuario subentra nei rapporti attivi e passivi dell'impresa cedente, così mutuando anche le circostanze escludenti che possono rilevare ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett f) D.lgs n. 163/2006.

Il cessionario, soggiace quale successore a titolo particolare del cedente, anche alle responsabilità di quest'ultimo rilevando nei suoi confronti le circostanze ostative alla partecipazione alla gara che traggono origine da fatti imputabili al proprio dante causa in ragione della continuità societaria che in via sostanziale sussiste tra i due.

2.5. - Il TAR ribadisce come, per giurisprudenza consolidata, nel concetto di "grave errore professionale" viene ricompreso ogni comportamento gravemente scorretto anche non definitivamente accertato con giudicato in grado di incidere sulla integrità morale dell'operatore al di là della grave negligenza nell'adempimento della prestazione "*stricto sensu*" intesa.

2.6. - La valutazione compiuta da Consip non è affetta da defincit motivazionale, né da illogicità o travisamento di fatto. A tal fine, l'Amministrazione ha riscontrato la pendenza di procedimento penale nei confronti di un Magistrato che ha condotto all'applicazione di misura cautelare nei confronti di taluni Avvocati, con riferimento a gare indette da Consip ed esitate favorevolmente per -OMISSIS-; dagli atti del

procedimento penale e dall'ordinanza cautelare Consip ha riscontrato il coinvolgimento dell'ex Presidente di -OMISSIS- in episodi di false fatturazioni e bancarotta fraudolenta in concorso con società legate ad altri imputati e, infine, l'esito della pronuncia nei confronti dei detti Avvocati coi quali l'ex Presidente di -OMISSIS- aveva intrattenuto rapporti in concorso di reati.

L'Amministrazione ha, dunque, plausibilmente rilevato l'esistenza di un rapporto significativo tra l'ex Presidente di -OMISSIS- e i citati imputati e ritenuto che tutte le circostanze contestate e oggetto dei procedimenti penali attenevano a gare Consip ed erano volte ad influenzare l'esito delle gare.

2.7. - Infine, il TAR ha ritenuto non illogico che Consip abbia sorretto l'esclusione impugnata anche con la risoluzione della convenzione SIC 3, lotti 1, 4 e 6 (riguardante "convenzioni per affidamento servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"- atto del 15 maggio 2020), a seguito di accertate inadempienze.

2.8. - Il TAR ha ritenuto, infine, infondati i motivi di gravame concernenti l'escussione delle cauzioni provvisorie prestate, trattandosi di conseguenza diretta e automatica del provvedimento di esclusione dalla gara per carenza dei requisiti di partecipazione, e la comunicazione all'ANAC ai sensi dell'art. 8 lett r) ed s) DPR 207/2010, non essendo atto autonomamente lesivo.

3.- Con l'appello in esame, la ricorrente lamenta l'erroneità e

ingiustizia della sentenza di cui chiede la riforma.

4.- Si è costituita in giudizio Consip che insiste per il rigetto dell'appello.

5. Con ordinanza n. -OMISSIS-questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente ai limitati fini della sospensione dei provvedimenti di escussione delle cauzioni provvisorie prestate.

6.- A seguito di scambio di memorie e repliche, alla pubblica udienza del 15 luglio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato.

1.-1. Ritiene il Collegio di poter prescindere, pertanto, dalla preliminare eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse sollevata da Consip.

2 - È infondato il primo motivo con cui la ricorrente denuncia l'*error in iudicando* sull'illegittimo protrarsi delle operazioni di gara, sull'ammissione con riserva disposta l'11 aprile 2018, sulla violazione delle norme sul contraddittorio amministrativo.

La ricorrente lamenta una visione del primo giudice puramente formalistica del rispetto dei principi e delle norme del procedimento amministrativo, non essendo stata conclusa la verifica dei requisiti con tempestività e imparzialità, non essendo state tempestivamente comunicate le ragioni ostative all'ammissione in gara, non essendo state prese in considerazione le controdeduzioni presentate da CNS il 22 giugno 2020, negato un termine congruo per produrre memorie

e documenti e denegato immotivatamente l'accesso.

Inoltre, il primo giudice non avrebbe valutato la denunciata violazione del principio dell'affidamento, del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione, dei principi comunitari di proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa, di correttezza e buona fede.

2.1. - Il Collegio condivide sul punto le considerazioni del primo giudice.

La complessità del procedimento di verifica dei requisiti e gli elementi emersi a carico della ricorrente giustificano il protrarsi delle operazioni della Commissione.

Il contraddittorio è stato garantito e nel provvedimento di esclusione l'Amministrazione prende in esame le controdeduzioni presentate dalla ricorrente il 19.6.2020, dando atto di aver concesso una proroga del termine per presentare documenti e memorie in accoglimento dell'istanza di parte del 4.6.2020.

Quanto alla durata del procedimento, va ricordato che in linea generale il termine per la conclusione dei procedimenti amministrativi di cui all'art. 2 della L. 241/1990 è pacificamente un termine meramente ordinatorio/acceleratorio, in mancanza di diversa espressa previsione di legge, e la sua violazione non produce l'illegittimità del provvedimento conclusivo (Consiglio di Stato sez. II, 20/01/2020, n.459; sez. III, 18 maggio 2016, n. 2019; sez. IV, 10/06/2013, n.3172).

In particolare, per quanto riguarda il subprocedimento di verifica dei requisiti in corso di gara, mentre è cogente il

termine imposto ai concorrenti per produrre la documentazione a comprova dei requisiti dichiarati, pena l'esclusione dalla gara (cfr. art. 48 D.lgs. 163/2006; Consiglio di Stato sez. VI, 08/02/2019, n.973), viceversa l'Amministrazione non soggiace a termini perentori, ben potendo espletare l'attività istruttoria ritenuta necessaria (artt. 38 e 48 D.lgs. n. 163/2006).

L'esclusione della ricorrente, dunque, non è dipesa dalla lamentata "condotta inerte per anni" di Consip, né da mancanza di imparzialità e trasparenza, quanto piuttosto da una ponderata valutazione attraverso l'acquisizione di una pluralità di elementi concernenti la ricorrente e la sua dante causa, frutto di legittimo approfondimento istruttorio.

3.- Col secondo motivo, la ricorrente denuncia l'omessa o insufficiente motivazione in ordine alla contestata erronea valorizzazione e riferibilità alla ricorrente delle vicende di cui all'illecito antitrust che hanno riguardato -OMISSIS-.

Consip e il TAR sarebbero incorsi in travisamento dei fatti.

Consip in violazione del § 6 del disciplinare avrebbe ritenuto rilevanti le intese restrittive della concorrenza sanzionate afferenti a diverso settore merceologico.

-OMISSIS-non è subentrata integralmente in tutti i "rapporti attivi e passivi" delle società -OMISSIS- e Gestione Integrata in quanto il negozio intercorso realmente con tali società è un contratto di affitto di azienda e non una fusione per incorporazione o altra operazione societaria idonea a determinare l'acquisizione "integrale" da parte della ricorrente delle società danti causa che, difatti, sono tutt'ora attive ed

esistenti.

La ricorrente rileva come dal contratto di affitto (in particolare, gli allegati 8A e 8B contenenti l'elencazione delle gare bandite sul mercato elettronico dalla P.A. e delle gare in corso) non sia dato rinvenire la procedura di gara "FM4" bandita da Consip (oggetto del provvedimento antitrust nei confronti di -OMISSIS-) tra quelle nelle quali, a seguito di trasferimento dell'avviamento aziendale, la -OMISSIS- è subentrata alla -OMISSIS- in forza del contratto di affitto stipulato il 28.7.2018.

Peraltro, già nel marzo 2016, due anni e mezzo prima della stipula del contratto di affitto e della stessa costituzione della società -OMISSIS-, il RTI di cui -OMISSIS- era mandante al 4% non rinnovò l'offerta presentata nella gara "FM4"; pertanto -OMISSIS- non è mai subentrata nella posizione di concorrente rivestita da -OMISSIS- con riferimento alla detta procedura di gara, avendo la stessa società affittante perso a sua volta tale qualità a far data dal 2016.

Pertanto, -OMISSIS- è necessariamente estranea alle conseguenze penali e amministrative derivanti dalle condotte tenute e dagli atti commessi in quella iniziativa e l'illecito antitrust attribuito a -OMISSIS- non può essere considerato nell'ambito delle valutazioni di Consip sul possesso dei requisiti di moralità in capo alla ricorrente.

Non vi sarebbe continuità economica e aziendale tra le due società, stante il differente azionariato di -OMISSIS- e l'assenza di legami di controllo sul piano economico,

organizzativo e/ di direzione commerciale, tant'è che l'AGCM non ha ritenuto di applicare il criterio della continuità economica estendendo a -OMISSIS-il procedimento esitato nel provvedimento antitrust "FM4".

La sentenza impugnata trascura di considerare il principio eurounitario della responsabilità personale dell'illecito antitrust e la circostanza che le persone fisiche a cui Consip si riferisce sono temporaneamente transitate in -OMISSIS-in un momento in cui il procedimento istruttorio dell'AGCM era ancora *in itinere* ed hanno cessato le funzioni ricoperte in -OMISSIS-ben prima dell'avverarsi di qualsivoglia fattispecie automaticamente e/o potenzialmente escludente ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*.

3.1.- Il Collegio ritiene che la prospettazione di parte ricorrente non sia condivisibile.

3.2.- Va, innanzitutto, riportato correttamente il *focus* sulle ragioni della disposta esclusione e affermata la legittimità della ricostruzione in fatto operata da Consip nel provvedimento impugnato a proposito dell'affermata continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale, nonché la legittimità della necessaria verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione anche soggettivi in capo alla ricorrente, affittuaria delle aziende del RTI che aveva presentato offerta in gara (-OMISSIS- e Gestione Integrata).

3.3.- Dispone l'art. 51 del Decreto legislativo del 12/04/2006, n. 163 che "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda,

ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal codice".

L'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario/cessionario in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale; l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente, atteso che sono certamente riconducibili al patrimonio della società o dell'imprenditore cessionari.

I requisiti posseduti dal soggetto cedente devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo o dell'azienda ceduta (Consiglio di Stato sez. III, 17/03/2017, n.1212).

In caso di subentro di una società ad altra a seguito di affitto di azienda opera la presunzione di continuità in quanto sia pure mediante percezione del canone per la durata dell'affitto, il locatore si giova dei risultati economici dell'azienda conseguiti dalla successiva gestione e l'affittuario a sua volta si giova delle

referenze del complesso aziendale acquisito (Consiglio di Stato sez. V, 21.8.2017 n. 4045).

Come afferma Adunanza Plenaria n. 10 del 4.5.2012, la continuità dell'attività imprenditoriale ben può verificarsi in ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda a titolo particolare, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia.

Il cessionario, così come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze sullo stesso piano delle eventuali responsabilità del cedente.

Pertanto, senza alcun dubbio, la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell'offerta, sia intervenuto il contratto di affitto.

3.4.- Nella specie, con atto notarile del -OMISSIS-, la società -OMISSIS- ha ceduto in affitto il proprio intero complesso aziendale e, con atto notarile del -OMISSIS-, la Società Gestione Integrata ha ceduto alla -OMISSIS-il proprio intero complesso aziendale.

Per quanto riguarda i contenuti traslativi dei contratti d'affitto d'azienda oggetto di causa, basti rilevare che -OMISSIS-succede nelle gare bandite in via telematica dalla P.A. e in tutte le gare già in corso per la cedente (cfr. allegati 8A e 8B).

È evidente che -OMISSIS-, costituita solo nel 2016, assume la veste "giuridica" di successore a titolo particolare nella consistente attività contrattuale della cedente e ciò è sufficiente a giustificare la valutazione di Consip circa il possesso continuato del requisito morale in capo alla odierna ricorrente estesa alle vicende pregresse afferenti la cedente -OMISSIS-.

3.5. - Tanto premesso, le argomentazioni con cui la ricorrente afferma la propria estraneità alle vicende concernenti -OMISSIS- sono fuorvianti.

Sebbene la gara "FM4" sia esclusa dal contratto di affitto intervenuto tra la ricorrente ed -OMISSIS- (e non potrebbe essere altrimenti, visto che il contratto interviene cronologicamente in momento successivo al venir meno della veste di concorrente della stessa -OMISSIS- in quella gara), non può negarsi per ciò solo la continuità tra le due aziende sul piano economico e giuridico e la legittimità delle valutazioni compiute da Consip in ordine alle condotte contestate alla cedente.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, l'esistenza di continuità "economica", se non giuridica, gestionale e operativa tra società potrebbe giustificare eccezionalmente anche il trasferimento di responsabilità dall'una all'altra società ai fini delle sanzioni antitrust (Cause -OMISSIS-e altri c/ Commissione europea)

Ma, come correttamente afferma il primo giudice, nel caso in esame, non si tratta di deroga al principio della responsabilità personale dell'illecito antitrust, proprio perché nessuna

contestazione l'AGCM ha mosso alla ricorrente e in questa sede non viene impugnato alcun provvedimento sanzionatorio nei confronti della ricorrente in relazione alla vicenda concernente la gara "FM4", né l'esclusione della ricorrente dalla gara oggetto di questo processo è stata decretata da Consip (automaticamente e neppure esclusivamente) in dipendenza dall'illecito antitrust contestato alla cedente -OMISSIS-.

Come rileva correttamente il TAR, Consip non ha considerato l'illecito antitrust contestato ad -OMISSIS- in senso proprio, ma ha legittimamente tratto dalla vicenda e dagli atti istruttori ad essa relativi alcuni elementi rilevanti che, uniti ad altre circostanze (di cui si dirà - la risoluzione contrattuale intervenuta recentemente a carico della ricorrente -), hanno assunto valore decisivo ai fini della valutazione discrezionale della mancanza del possesso continuato del requisito morale di integrità e affidabilità, di cui all'art. 38 D.lgs 163/2006 (oggi art. 80, comma 5, lett. c) D.lgs 50/2016) in capo alla ricorrente -OMISSIS-.

3.6. - Peraltro, proprio nella posizione che hanno ricoperto in -OMISSIS- i soggetti coinvolti nella vicenda penale che ha dato luogo alla sanzione dell'AGCM nei confronti di -OMISSIS-, trova riscontro la continuità gestionale tra le due aziende.

Non è trascurabile, nella vicenda in esame, che il Presidente del Consiglio di Amministrazione della --OMISSIS- - coinvolto nel procedimento penale -- cessava dalla sua carica (volontariamente e senza alcuna cesura rispetto alla attività compiuta) il 19.2.2018 e in data 18.9.2018 la ricorrete -

OMISSIS-chiedeva a Consip di prendere atto del proprio subentro a -OMISSIS- e Gestione Integrata in ragione dei contratti di affitto di azienda del 28 luglio 2018.

Né è trascurabile che nella dichiarazione resa dalla Sig.ra -OMISSIS-, la società -OMISSIS-indica tra i soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data del contratto di affitto il predetto Sig. -OMISSIS- alla dichiarazione).

3.7. - Deve sottolinearsi, infatti, in primo luogo, che l'Amministrazione, nell'esercizio dell'ampio potere tecnico - discrezionale attribuitole dalle norme del codice degli appalti testè citate, ben può utilizzare ogni tipo di elemento idoneo e "mezzi adeguati" a desumere l'affidabilità del concorrente.

Difatti, secondo consolidata giurisprudenza, la circostanza che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (Consiglio di Stato sez. III, 11/06/2019, n.3908).

L'elencazione delle cause rilevanti sulla valutazione di affidabilità del concorrente, sotto la vigenza del precedente e

dell'attuale codice, deve intendersi come meramente esemplificativa, di talché la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti professionali" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231) se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria (tra le tante, (Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136; C.d.S, IV, 11 luglio 2016, n. 3070).

La giurisprudenza formatasi in relazione all'interpretazione dell'art. 38 comma 1, lett. f) del precedente codice degli appalti ha messo in luce l'ampia discrezionalità dell'Amministrazione fondata sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della P.A. fin dal momento genetico e, di conseguenza ai fini dell'esclusione di un concorrente, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede, connotata dall'elemento psicologico della colpa grave e da lesività non di scarsa entità, che rilevi sulla moralità e affidabilità dell'impresa (*ex multis*, Consiglio Stato sez. V, 17/09/2018, n.5424; sez. V, 26/07/2016, n.3375; 22 febbraio

2011, n. 1107).

3.8.- Inoltre, per la ravvisata continuità tra la ricorrente e le danti causa, trova applicazione nel caso in esame anche il comma 1 lett. c) dell'art. 38 codice degli appalti - come modificato dall'art. 4 comma 2 lett. b) , d.l. 13 maggio 2011 n. 70 - (art. 80, comma 1, D.lgs 50/2016) secondo cui l'imprenditore partecipante non deve aver riportato condanne (ivi compresa l'applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.) per reati che incidono sulla moralità professionale e l'impresa partecipante non deve avvalersi di amministratori o di direttori tecnici colpiti da tali precedenti penali, anche se cessati dalla carica nell'anno precedente la data di pubblicazione del bando di gara, a meno che non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

La giurisprudenza ha equiparato alla cessione d'azienda il contratto di affitto di azienda (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3607; sez. V, 21 agosto 2017, n. 4045; sez. V, 3 febbraio 2016, n. 412) .

Si è affermato che il citato art. 38, comma 1, lett. c), comprende anche ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono (così A.P. n. 10 del 2012 per la fattispecie specifica della cessione d'azienda)" ed è stato precisato che l'obbligo di dichiarazione a carico dell'affittuaria riguarda tutti i requisiti di partecipazione a procedure di affidamento e, dunque, non solo l'assenza di

precedenti condanne penali (lett. c) dell'art. 38 cit.), ma anche l'assenza di "grave errore professionale" nell'esecuzione di precedenti contratti (lett. f) dell'art. 38 cit.) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2733).

3.9. - Alla luce di tale consolidata interpretazione, è corretta l'indagine e valutazione svolta da Consip.

L'estensione dell'obbligo di attestazione dei requisiti di moralità agli amministratori cessati dalla carica (nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando) nonché agli amministratori cedenti l'azienda anche in forza di contratto di affitto (o la cui azienda sia stata fusa per incorporazione) mira ad evitare la partecipazione alla procedura di gara di una società già utilizzata per commettere illeciti e "ripulita" mediante il ricambio degli amministratori, ovvero attraverso un successivo passaggio di mano; ciò in ragione di una presunzione di continuità tra la vecchia e nuova gestione imprenditoriale - tale che le vicende circolatorie sottendono, in realtà, l'unicità dell'imprenditore - che, pure, può essere superata dando la prova della cesura tra l'una e l'altra (Consiglio di Stato sez. V, 18/06/2018, n.3732; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3607; sez. V, 21 agosto 2017, n. 4045; sez. V, 3 febbraio 2016, n. 412).

4. - Non rileva l'argomentazione della ricorrente secondo cui le persone fisiche a cui Consip si riferisce, coinvolte in procedimenti penali e protagoniste delle vicende (che hanno visto l'illecita influenza sui processi decisionali della stazione appaltante in altre procedure di gara), siano transitate solo

temporaneamente in -OMISSIS-, in un momento in cui il procedimento istruttorio presso l'AGCM era ancora *in itinere*, e che siano cessate dalle cariche prima del perfezionarsi di fattispecie automaticamente escludenti a carico della dante causa.

Invero, le specifiche contestazioni della ricorrente sul punto delle vicende penali che hanno interessato i soggetti del *management* di -OMISSIS- (di cui più specificamente si dirà al successivo punto 4.1) non colgono nel segno in quanto mirano a circoscriverne la rilevanza nell'ambito della soggettività della dante causa, muovendo dal presupposto errato, come si è visto, della "non continuità" tra le compagini societarie protagoniste del rapporto di affitto e dal presupposto fuorviante della non attribuibilità a -OMISSIS- dei fatti contestati da AGCM ad -OMISSIS-.

Si tratta di prospettazioni elusive della reale situazione di continuità esistente tra le due imprese.

4.1.- Secondo un'altra argomentazione di parte appellante, sarebbe impossibile trarre dal provvedimento antitrust alcun elemento certo di prova dell'illecito penale ipotizzato nel decreto di rinvio a giudizio dei cessati dalle cariche per asserita "turbata libertà degli incanti".

I soggetti coinvolti nei suddetti procedimenti penali risultano tutti cessati dalle cariche a suo tempo ricoperte in -OMISSIS-, essendo in particolare l'ing. -OMISSIS- cessato dalla carica di procuratore speciale a far tempo dal -OMISSIS-, la dott.ssa -OMISSIS- cessata dalla carica di procuratore speciale dal

4.03.2020 e la dott.ssa -OMISSIS-, data di insediamento del nuovo management; mentre, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, l'ing. -OMISSIS- non ha mai rivestito alcuna carica in -OMISSIS-, dovendo quindi lo stesso considerarsi cessato solo in relazione alla affittante -OMISSIS-.

Inoltre, non vi sono ancora condanne, ma rinvii a giudizio ed erroneamente si considera che il termine per l'adozione delle misure di self cleaning sia ancorato al termine di presentazione delle offerte.

La ricorrente non ritiene sussistente la rilevanza ai fini escludenti delle *"condotte penalmente rilevanti di soggetti estranei sia al proprio management che alla sua dante causa -OMISSIS-*.

Per coerenza con la lett c dell'art. 38 codice appalti, rilevano la sentenza o il decreto penali nei confronti di soggetti cessati dalle cariche rappresentative nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara; mentre "la sentenza del Tribunale di Roma, Giudice Dott. -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nell'ambito del PP R.G.N.R. -OMISSIS-" è resa nei soli "confronti di -OMISSIS-" e, cioè, di soggetti del tutto estranei all'organico dell'appellante che non hanno mai rivestito alcuna carica né in -OMISSIS-, né in -OMISSIS-.

Nella memoria di replica da ultimo depositata, -OMISSIS- invoca, a riprova della discontinuità tra le gestioni aziendali che si sono avvicinate la deliberazione del Collegio dell'AGCM del 9.3.2021 e successiva integrazione con cui le è stato attribuito il rating di legalità e assegnato il punteggio massimo in virtù

delle regole di autodisciplina che la stessa ha nel frattempo intrapreso.

Non è stata formulata alcuna contestazione di illecito ex d.lgs. n. 231/2001, come, invece, avrebbe dovuto essere nel caso in cui i reati di corruzione contestati al dott. -OMISSIS- fossero stati ritenuti effettivamente commessi nell'interesse di una persona giuridica.

4.2.- Il Collegio respinge la censura ribadendo, per un verso, che le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nella ricomprensione degli illeciti di varia natura nella fattispecie di "grave errore professionale" di cui all'art. 38 comma 1 lett c) (oggi art. 80 comma 5, lett. c) del codice degli appalti e, per altro verso, rilevano, come già detto, le vicende penali riguardanti i rappresentanti muniti di poteri decisionali della dante causa, cessati dalla carica senza chiara dissociazione né dell'impresa dante causa, né della ricorrente, da tali condotte.

4.3.- I fatti valutabili nell'ambito del giudizio di affidabilità del concorrente, stante il carattere non tassativo dell'elencazione contenuta nella norma richiamata, possono emergere alla luce del suo complessivo comportamento e non devono rivestire necessariamente rilevanza penale, posto che nell'ambito di applicazione della lett. c) dell'art. 38 non rientrano le condanne che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1 lett. a) (Consiglio di Stato sez. IV, 24/03/2021, n.2495).

Non è poi indispensabile che i "gravi illeciti professionali" posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara siano fatti di rilevanza penale o inadempimenti di rilevanza

civile accertati con sentenza, anche se non definitiva, come costantemente sostenuto dalla giurisprudenza e come ora espressamente previsto dall'attuale comma 10 bis dell'ultimo periodo dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 (Cfr. Consiglio di stato, Sez. V, 20.3.2019, n. 1846; sez. III 23.11.2017, n. 5467).

In ordine a tali valutazioni, il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente un sindacato sulla motivazione nel senso che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce delle ragioni articolate dalla stazione appaltante nella motivazione del provvedimento, la valutazione non sia connotata da illogicità, irrazionalità, abnormità o, comunque, da travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato V, 6 aprile 2020, n. 2260).

4.4.- Invero, nel caso in esame, la motivazione del provvedimento è esente da vizi: richiama puntualmente le imputazioni del reato di cui agli art. 110 e 353 c.p. a carico dei predetti sig.ri --OMISSIS-r.g., che nelle qualità sopra indicate avrebbero realizzato una turbativa d'asta nella gara FM4 e ampi stralci degli atti istruttori (pagg. 12 e ss.).

Consip valuta ampiamente la "gravità" delle condotte poste in essere di tali soggetti muniti di poteri di rappresentanza e gestione della stessa -OMISSIS-, cessati in tempi recenti dalle loro cariche, in spregio ai principi di trasparenza, imparzialità correttezza e segretezza che governano le gare pubbliche, anche perché commesse ai danni della stessa Consip.

4.5. - Infine, per altro verso, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, risponde a logica, prima che alla

normativa vigente in materia di appalto, che le misure di *self cleaning* abbiano effetto pro futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo.

Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali cessati.

Per ogni offerta precedente le misure di *self cleaning*, dunque, l'apprezzamento di inaffidabilità è comunque giustificato, anche se avviene quando le misure sono già state prese.

Infatti, la stazione appaltante valuta l'affidabilità dell'operatore qual si presentava al momento dell'offerta, e per l'offerta che ha presentato, dovendo anzitutto cautelarsi da comportamenti scorretti che incidono sulla procedura ad evidenza pubblica in corso (in termini Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2260).

4.6. - Nella fattispecie, peraltro, non si è trattato di misure di *self cleaning* e non risulta la dissociazione da parte delle imprese dalle condotte penalmente rilevanti attribuite al management di -OMISSIS- e della stessa -OMISSIS- (l'ex Presidente di --OMISSIS- è cessato spontaneamente dalla carica, e va ritenuto cessato per -OMISSIS-; il procuratore di -OMISSIS- poi direttore tecnico e procuratore di -OMISSIS- - -OMISSIS- - e l'ulteriore procuratore di -OMISSIS- - -OMISSIS- - poi Consigliere di -OMISSIS- e il Presidente di --OMISSIS-- sono cessati dalle loro cariche nel 2020).

Le vicende successive al provvedimento, anche positivamente

apprezzate da AGCM, non possono assumere rilevanza in base alla regola "*tempus regit actum*".

4.7. - Quanto alle vicende penali riguardanti soggetti terzi - OMISSIS- e il c.d. -OMISSIS-) emergenti dalla sentenza del Tribunale di Messina I Sez. penale del 14.7.2020, la ricorrente tace della intervenuta condanna alla reclusione dei medesimi Sig.ri -OMISSIS-- per il reato di corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319-ter c.p., con conseguente interdizione dai pubblici uffici e incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Si tratta di elementi che corroborano il giudizio di inaffidabilità morale della ricorrente.

Il provvedimento impugnato motiva puntualmente sulla gravità del provvedimento di condanna nei confronti dell'ex Presidente e del procuratore di -OMISSIS-, nonché del Direttore tecnico e del Procuratore con poteri rilevanti di -OMISSIS-, che "*non fa che aggravare la posizione, già negativamente compromessa di quanti hanno assunto cariche rilevanti ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2006 presso la società di -OMISSIS-S.p.A.*".

A nulla rileva, per quanto già ampiamente argomentato, che tali soggetti siano cessati in corso di gara dalle loro cariche, proprio in ragione delle indagini penali su riferite, né che siano cessati in momento antecedente il decreto di rinvio a giudizio del 26 luglio 2019.

4.8.- Infine, la recente ordinanza del Tribunale penale di Roma del 14 aprile 2021, che ha disposto l'archiviazione del

procedimento avviato nei confronti del dott. -OMISSIS-, non incrina il complesso quadro valutativo considerato da Consip, che vede protagonisti altri soggetti oltre l'ex Presidente di -OMISSIS-.

5.- Con altro motivo, l'appellante denuncia la manifesta illogicità del giudizio di inaffidabilità tratto dalla risoluzione contrattuale in data 15.5.2020 della Convenzione SIC 3 sottoscritta con il RTI -OMISSIS- - oggi -OMISSIS-- e Studio Alfa S.p.a. (ancora sub iudice).

L'appellante lamenta che non sia stata considerata dal primo giudice la circostanza che -OMISSIS-in data 2 luglio 2020 ha proposto ricorso ex art. 700 c.p.c. per la sospensione degli effetti della risoluzione delle suddette Convenzioni 3 SIC e deduce l'abnormità della risoluzione per l'assenza di inadempimenti qualificabili "gravi", rilevando che il mero disservizio nell'esecuzione di un unico affidamento non può essere valutato da Consip quale elemento di inaffidabilità, in quanto i contratti risolti rappresentano circa il 3,79% del valore dei Contratti attuativi complessivamente stipulati, sicché la ricorrente ha contestato anche la collocazione temporale della risoluzione, intervenuta allorché il regolamento pattizio a monte si era già realizzato.

Erroneo sarebbe il richiamo contenuto nella sentenza impugnata all'art. 15 delle Condizioni generali che individua i casi di risoluzione della convenzione e dei contratti attuativi, non ricorrenti nella fattispecie.

L'esito delle verifiche ispettive condotte tra il 2019 e il 2020

sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali rese dall'affidatario (tra cui quelle citate nella comunicazione di avvio del procedimento) dimostrerebbe che la ricorrente ha eseguito a regola d'arte circa il 98,8% degli ordinativi di cui ai lotti 1,4,6 oggetto di ispezione.

5.1.- Sul punto il Collegio ritiene che il provvedimento impugnato sia immune anche dal vizio così denunciato.

Consip ha esternato il percorso logico per cui essa ha reputato grave l'inadempimento e le ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa.

Si legge nel provvedimento che *"Per quanto la convenzione risolta abbia ad oggetto servizi e prestazioni diverse da quelle di cui alla presente iniziativa, alcune delle contestazioni mosse da Consip riguardano inadempimenti di carattere generale in quanto tali idonei a ledere il rapporto fiduciario"*.

Nello specifico, si tratta di corresponsione con grave ritardo di corrispettivi a lavoratori autonomi impiegati nei contratti di fornitura; mancata richiesta di autorizzazione al subappalto; mutamento delle quote di ripartizione delle attività tra mandante e mandataria in corso di esecuzione, mai formalizzata e comunicata alla stazione appaltante, in violazione di obblighi di legge.

A prescindere dalla rilevanza che tali inadempienze potranno assumere in sede civile ai fini della validità della risoluzione delle Convenzioni intercorse tra le parti, il Collegio ritiene che gli inadempimenti segnalati in questa sede, allo stato, rappresentano elementi di valutazione rilevanti, unitamente agli

altri già considerati, al diverso fine di considerare l'affidabilità del concorrente in relazione all'ammissione a gara.

A tal fine, l'obbligo di motivazione in capo alla stazione appaltante è stato formalmente rispettato (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8236; Consiglio di Stato sez. V, 12/04/2021, n.2922).

6.- Con altro motivo di appello la ricorrente denuncia l'*error in iudicando* in relazione alla ritenuta illegittimità dei provvedimenti di Consip -OMISSIS- relativi alla escussione delle cauzioni provvisorie e denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 48, co. 1 e dell'art. 75, co. 6, del D. Lgs. n. 163/2006, la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. 689/1981, l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, il difetto di istruttoria e l'ingiustizia manifesta, l'illegittimità in via derivata.

Non sarebbe stata valutata dal TAR l'imputabilità delle condotte, nonostante la natura sanzionatoria del provvedimento di escussione.

L'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede l'incameramento della cauzione solamente per l'ipotesi di dichiarazione mendace o omissiva sui requisiti, circostanze queste che non ricorrono nel caso di specie; l'art. 75 dello stesso codice nel prevedere che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per "fatto dell'affidatario" postula il necessario riferimento a chi la condotta ha posto in essere e non a chi, come nel caso di specie, ne subisce le nefande conseguenze a seguito della cessione del ramo di azienda.

6.1.- Il Collegio condivide l'avviso del primo giudice secondo cui è orientamento giurisprudenziale consolidato, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, quello secondo cui l'incameramento della cauzione provvisoria e l'attivazione del pedissequo procedimento di segnalazione all'ANAC costituiscono conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha comportato l'esclusione (Consiglio di Stato sez. V, 09/09/2020, n.5420; 21.1.2020, n. 479; V, 24 giugno 2019, n. 4328; V, 10 settembre 2018, n. 5282; 11 dicembre 2017, n. 5806; 4 dicembre 2017, n. 5709; VI, 15 settembre 2017, n. 4349; V, 28 agosto 2017, n. 4086; 15 marzo 2017, n. 1172; Adunanza plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5).

Tale automatismo e doverosità sussistono anche nel caso di esclusione della impresa affittuaria per fatti riferiti a soggetti facenti parte del management dell'azienda cedente che, come chiarito, versano in rapporto di continuità con l'impresa affittuaria.

In altri termini, deve ritenersi che ricorre, nella specie, l'imputabilità alla ricorrente delle dichiarazioni omissive sui requisiti di moralità e affidabilità dei soggetti cessati dalle cariche di cui si è detto e, pertanto, anche sotto tale profilo risulta pienamente rispettata la ratio della previsione di incameramento della cauzione in conseguenza della disposta

esclusione, senza che possa ipotizzarsi alcuna forma di responsabilità oggettiva ai danni della ricorrente, né alcun abuso da parte della stazione appaltante.

7. - Quanto alla richiesta di sospensione del giudizio, limitatamente alla legittimità dei provvedimenti di escussione delle garanzie provvisorie, in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del codice dei contratti di cui al D.Lgs n. 50/2016, sollevata con ordinanza della V Sezione di questo Consiglio di Stato n. -OMISSIS-, il Collegio ritiene che la questione non sia rilevante nel presente giudizio.

L'ordinanza di rimessione della V Sezione si riferisce ad ipotesi differente, in cui l'escussione della garanzia secondo il regime previsto a suo tempo dall'art. 48 e dall'art. 75 D.lgs 163/2006 interviene nei confronti del concorrente che ha presentato offerta, anche se non risultato primo in graduatoria e aggiudicatario, con innegabile natura sanzionatoria a carico dell'operatore economico che abbia fornito dichiarazioni rimaste poi senza riscontro.

Il giudice remittente dubita della legittimità costituzionale della "sanzione", peraltro abbandonata dalla normativa sopravvenuta introdotta dal nuovo codice (art. 93, comma 6 D.lgs. n. 50/2016), che prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e dunque solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura.

La questione non è direttamente rilevante nel presente giudizio, in cui la ricorrente esclusa era prima graduata.

8.- Infine, va respinta, perché manifestamente irrilevante, la richiesta di sollevare preliminarmente le seguenti questioni interpretative dinanzi alla Corte di Giustizia UE:

1) Se l'art. 23 del reg. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato ed i principi della responsabilità personale e di individualità della pena ostino all'applicazione di disposizioni nazionali, come quella di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, che consente in caso di operazioni societarie di imputare, ai fini della esclusione da una procedura di affidamento di un appalto pubblico l'illecito antitrust commesso dall'impresa cedente e/o affittante all'impresa cessionaria e/o affittuaria qualora quest'ultima non risulti né cessata, né estinta, ma, viceversa, ancora esistente ed attiva come persona giuridica autonoma e distinta e non esista alcun legame di controllo sul piano giuridico, economico, organizzativo e/o di direzione commerciale tra le sue società e qualora la cessionaria e/o affittuaria non sia subentrata nella procedura di gara in cui è stato commesso dalla sola cedente e/o affittante l'illecito antitrust;

2) Se il paragrafo 45 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, osti all'applicazione di disposizioni nazionali, come quella di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, che consente alla Stazione Appaltante di disporre l'esclusione di un operatore economico nel caso in cui, essendosi la procedura di selezione protratta

per cinque anni, vengano disposti dall'autorità giudiziaria decreti di rinvio a giudizio e/o sentenze di condanna non definitiva a carico di soggetti nel frattempo cessati dalle cariche societarie rivestite alla data di presentazione delle offerte”;

3) in relazione al motivo di appello di cui ai Paragrafi II.B e II.C.): “Se le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, ostino all'applicazione di disposizioni nazionali, come quella di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, che consentono alla Stazione Appaltante di disporre l'esclusione di un operatore economico non considerando la cessazione dalle cariche societarie di soggetti a carico dei quali l'Autorità giudiziaria ha disposto il decreto di rinvio nell'ambito di un procedimento penale una prova della sua affidabilità e/o comunque un mezzo atto ad evitare che l'illecito commesso in passato possa ripetersi in futuro e/o che comunque ai fini dell'operatività di siffatta misura dissociativa introduca uno sbarramento temporale ricorrendo al principio secondo cui il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di self cleaning è ancorato al termine di presentazione delle offerte”;

4) in relazione al principio di proporzionalità, di cui al Trattato, Titolo III, Articolo I-11, punto 4 dei “Principi fondamentali” (per cui “In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione”): “Se le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e

2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, ostino all'applicazione di disposizioni nazionali, come quella di cui all'art. 48 del d.lgs. 163/2006, che prevedono, in caso di mancata prova o di mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, oltre all'esclusione dalla gara, anche l'escussione della garanzia provvisoria; in particolare, se tali disposizioni nazionali siano compatibili con i principi fondamentali del diritto dell'Unione europea e segnatamente del principio di proporzionalità".

8.1.- Ritiene il Collegio, alla luce delle argomentazioni svolte, che non essendo stato adottato alcun provvedimento di attribuzione di illecito antitrust alla ricorrente non vi sia spazio per proporre la prima delle sollevate questioni interpretative, mentre si deve qui ancora una volta ribadire, quanto al provvedimento di esclusione impugnato nel presente giudizio, che proprio secondo le coordinate del diritto europeo - v., ad esempio, Corte di Giustizia UE, sez. IV, 19 giugno 2019, in C-41/18 - alla stazione appaltante non può essere sottratto, ma deve essere pienamente riconosciuto il potere discrezionale di desumere il compimento di "gravi illeciti professionali", come si è già accennato, da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se essa ne mette in dubbio l'integrità e l'affidabilità, secondo un giudizio espresso dall'amministrazione stessa non in chiave sanzionatoria, ma piuttosto fiduciaria.

8.2. - Ancora, il Collegio ha già precisato che l'esclusione della ricorrente è stata disposta a seguito di approfondita e giustificata istruttoria e che, sebbene la procedura di selezione si sia protratta per cinque anni, rimane fermo il principio che il requisito di moralità e affidabilità deve permanere per tutta la durata della procedura, non rilevando certamente a favore della ricorrente che, qualora i tempi di conclusione del procedimento fossero stati più contenuti, la stazione appaltante non avrebbe avuto notizia (prima dell'aggiudicazione) dei provvedimenti disposti dall'autorità giudiziaria (decreti di rinvio a giudizio e/o sentenze di condanna non definitiva) a carico dei soggetti investiti di poteri di rappresentanza e gestione (cessati a causa dei procedimenti penali a loro carico dopo la presentazione dell'offerta).

8.3. - Sulla irrilevanza del terzo quesito, va rilevato che, come sopra chiarito, nessuna misura di self cleaning è stata adottata dalla ricorrente, né dalla sua dante causa.

8.4. - In ordine al quinto quesito, il Collegio ritiene che nessun dubbio possa avanzarsi sulla proporzionalità della misura della escussione della cauzione provvisoria tanto più allorché l'incameramento riguardi, come nel caso in esame, il soggetto primo graduato escluso dalla gara, stante l'evidente finalità della cauzione di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e al dovere di diligenza, allo scopo di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta e prevenire l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive (Adunanza Plenaria n. 5/2016).

9.- In conclusione, l'appello va respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

10.- Le spese del presente grado del giudizio possono compensarsi tra le parti, attesa la complessità della vicenda e delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)