

Publicato il 02/01/2024

N. 00059/2024REG.PROV.COLL.  
N. 06214/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6214 del 2023, proposto da Ksm Security s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8164787361, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Enzo Perretini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

*contro*

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Hcm s.p.a., non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 5788/2023, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-. e di Consip s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2023 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Perrettini, Pellegrino e Testa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. La controversia riguarda la gara a procedura aperta, suddivisa in 34 lotti, espletata per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia, ID 2201.

2. Con ricorso al Tar Lazio – Roma KSM Security s.p.a., essendosi classificata al secondo posto in graduatoria per il lotto n. 32 (relativo alla provincia di Messina, con importo a base d'asta pari ad € 3.507.362,04), alle spalle della controinteressata -OMISSIS-. (di seguito: “società A”), ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione emesso da Consip s.p.a. (di seguito: “Consip”) in favore della società A, chiedendone l'annullamento e, per l'effetto, la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, nonché il subentro in esso.

Con il medesimo ricorso KSM Security s.p.a. (di seguito: “KSM”) ha altresì gravato:

- la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione;
- il provvedimento di ammissione della società A e degli atti relativi alla verifica del possesso dei requisiti di carattere generale;
- i tutti i verbali di gara, *in parte qua*, ivi compresi quelli relativi alla verifica della documentazione amministrativa ed alla valutazione dell'offerta della

società A;

- gli atti e i provvedimenti relativi alla verifica di congruità dell'offerta della società A;

- la graduatoria finale e della proposta di aggiudicazione;

- tutti gli atti prodromici connessi o comunque consequenziali, ivi compresi i chiarimenti, con particolare riguardo al chiarimento n. 89 e, *si opus sit*, il bando e il

disciplinare, nonché dell'atto dichiarativo dell'efficacia dell'aggiudicazione.

3. Con motivi aggiunti KSM ha impugnato:

- il provvedimento del 28 ottobre 2022 n. 697, non comunicato;

- tutti gli atti propedeutici e consequenziali, ivi compresi la comunicazione di avvio

del procedimento, i verbali e gli atti istruttori, di estremi e contenuto sconosciuti, la

nota 28 ottobre 2022 n. 56628, con la quale Consip ha ritenuto che “*non sussistono le cause d'esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lettere a), c), c bis) e c ter) del d.lgs. n. 50/2016*”, e la conferma dell'aggiudicazione in favore della società A.

4. Il Tar, con sentenza 5 aprile 2023 n. 5788, ha respinto il ricorso introduttivo e accolto, nei sensi e termini indicati in motivazione, i motivi aggiunti, accertando il difetto di motivazione relativamente al “*giudizio di non gravità espresso da Consip sull'infrazione consistente nella mancata fruizione delle ferie*”, “*derivandone la necessità di annullare il provvedimento del 28 ottobre 2022 con cui è stato formulato tale giudizio*”, con conseguente obbligo conformativo di “*rideterminarsi sul punto in questione (punto che risulta allo stato immotivato), salvo il potere discrezionale della stazione appaltante di soppesare e valutare tutte le circostanze del caso concreto*”.

5. La sentenza è stata appellata da KSM con ricorso n. 6214 del 2023.

6. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti Consip e la società A.

7. All'udienza del 12 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

8. L'appello è infondato.

9. KSM ha presentato dapprima istanza di cancellazione dal ruolo e poi istanza di rinvio dell'udienza *“al fine di valutare la persistenza dell'interesse alla decisione all'esito della definizione del ricorso proposto dalla -OMISSIS-. avverso il provvedimento di esclusione”*. Ciò in quanto, nelle more del giudizio Consip ha escluso la società A con provvedimento 24 ottobre 2023, a seguito della sentenza di primo grado, con la quale il Tar ha accolto in parte i motivi aggiunti, accertando il difetto di motivazione relativamente al *“giudizio di non gravità espresso da Consip sull'infrazione consistente nella mancata fruizione delle ferie”*, *“derivandone la necessità di annullare il provvedimento del 28 ottobre 2022 con cui è stato formulato tale giudizio”*, con conseguente obbligo conformativo della stazione appaltante di *“rideterminarsi sul punto in questione (punto che risulta allo stato immotivato), salvo il potere discrezionale della stazione appaltante di soppesare e valutare tutte le circostanze del caso concreto”*.

9.1. Premesso che la cancellazione della causa dal ruolo non rientra nel potere dispositivo della parte (*“Non è possibile disporre, su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo”*, così l'art. 73 comma 1-bis c.p.a.) e ciò a maggior ragione nel rito appalti, nel quale l'impulso d'ufficio governa la tempistica di fissazione delle udienze, come anticipato in udienza non ricorrono le condizioni per differire l'udienza a un'altra data (dal verbale di udienza risulta che *“l'istanza di rinvio è respinta per ragioni che saranno indicate in sede di decisione della controversia”*).

9.2. Ai sensi dell'art. 73 comma 1-bis c.p.a. *“Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza”*.

La domanda di rinvio deve fondarsi quindi su *“situazioni eccezionali”*.

La decisione spetta al giudice, che ha la disponibilità dell'organizzazione e dei tempi del processo, dovendo rispettare il principio del giusto processo e della ragionevole durata del medesimo, tanto più nel processo amministrativo, in cui non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti. E ciò a maggior ragione nell'ambito del rito appalti, il quale è

caratterizzato da un'esigenza di accelerazione dei tempi processuali (art. 120 c.p.a.).

In tale prospettiva le parti hanno la facoltà di illustrare e dimostrare le ragioni che potrebbero giustificare un eventuale differimento dell'udienza e i motivi che consentono di qualificare la situazione come eccezionale. Tali situazioni eccezionali possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee a incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite.

Premesso che non solo la disciplina dei singoli istituti processuali, ma la stessa ammissibilità del rinvio solamente in casi eccezionali impedisce al Collegio di utilizzare lo strumento del rinvio al fine di gestire eventi (processuali) che richiedono di rivolgersi ad altri rimedi.

Nella specie non può essere utilizzato il rinvio dell'udienza al fine di amministrare una situazione di sopravvenuto difetto di interesse, che può condurre piuttosto a una pronuncia di rito, sempre che il Giudice accerti detta situazione o che la parte manifesti l'effettiva sopravvenuta carenza di interesse, circostanza che non ricorre nel caso di specie, laddove la parte si limita ad anticipare la possibilità che in futuro possa venire a mancare l'interesse alla decisione della presente causa.

Detto quanto sopra, mancano gli specifici presupposti per il rinvio della causa. Ciò in quanto la decisione della presente controversia riguarda aspetti che possono essere decisi indipendentemente dalla decisione sul provvedimento escludente adottato da Consip il 24 ottobre 2023, in quanto riguardano le censure respinte dal Tar con la sentenza gravata, non la (diversa) censura accolta dal Tar con la sentenza n. 5788 del 2023.

Nel caso di specie infatti la questione oggetto del giudizio pendente in primo grado non influisce sul presente contenzioso, non ravvisandosi fra essi un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico (atteso che il giudizio attualmente in primo grado non ha ad oggetto un presupposto della situazione qui controversa), né in senso logico (atteso che questo Giudice, per decidere la

presente controversia, non deve pronunciarsi su aspetti che sono oggetto del giudizio attualmente in primo grado), non potendosi quindi prefigurare il pericolo di un contrasto fra giudicati.

Pertanto, prima ancora di valutare l'eccezionalità della situazione che (in tesi) giustifica il rinvio, nel caso di specie non si riscontra a monte il collegamento prefigurato dall'istanza di rinvio come la ragione del differimento della decisione.

Piuttosto la tempestiva decisione della presente controversia è funzionale al principio della ragionevole durata del processo, così come declinato nel rito appalti, in quanto anticipa i tempi della definizione della stessa, così lasciando al giudizio attualmente pendente in primo grado il compito di configurare la rimanente parte della *res litigiosa* e così assicurare un assetto definitivo agli interessi in gioco. Viceversa, rinviare la presente decisione significa posticipare la definizione della situazione controversa.

9.3. L'istanza non può quindi essere accolta.

10. Può essere affrontato il merito della controversia.

11. Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura di violazione dell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 in ragione del mancato rispetto del vincolo di partecipazione da parte delle società costituenti "*un'unica realtà imprenditoriale*".

11.1. Con il primo motivo l'appellante ha altresì dedotto, in via subordinata, la violazione dell'art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016 (illecito anticoncorrenziale).

11.2. Tale ultimo profilo è stato solo accennato nel ricorso introduttivo, dove si fa riferimento a un "*grave illecito anticoncorrenziale in ragione della condotta collusiva*", peraltro senza riferimento normativo, potendo quindi dubitarsi che rientri nel *thema decidendum* della controversia all'esame di questo Collegio (così trovando ragione la mancata pronuncia sul punto da parte del giudice di primo grado).

Esso risulta altresì perplesso in quanto la stessa appellante ha affermato che *“l’odierna appellante non ha mai lamentato la violazione dell’art. 80 comma 5 lett. m) del d.lgs. 50/2016”* (pag. 7 del ricorso in appello), rendendo quindi dubbia la proposizione di una censura, che comunque risulta solo accennata.

In ogni caso il mezzo è generico, difettando dei riferimenti necessari per ritenere che la società A e le altre società del gruppo abbiano posto in essere un “accordo collusivo”, cioè che sussista quell’unico centro decisionale di cui alla causa di esclusione disciplinata dall’art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016. E ciò a monte di ogni valutazione circa l’applicabilità di detta fattispecie escludente a un caso in cui le offerte contestate sono state presentate con riferimento a diversi lotti (su cui Cons. St., sez. VII, 17 gennaio 2023 n. 582, che richiama la fattispecie escludente di cui all’art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, la cui violazione non è stata dedotta nel caso di specie).

Infatti una situazione di controllo tra le imprese partecipanti alla procedura può condurre all’esclusione dalla procedura non in via automatica ma solo se è accertato che *“le offerte, per essere imputabili ad un “unico centro decisionale”, siano state reciprocamente influenzate”* (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2022 n. 48): non è quindi sufficiente attestare l’esistenza di rapporti societari di controllo al fine di ritenere integrata la fattispecie escludente di cui all’art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016.

E ciò in conformità alla giurisprudenza UE, per la quale è necessario (a fini escludenti) accertare che *“il rapporto di controllo in questione abbia esercitato un’influenza sul contenuto delle rispettive offerte”* (CGUE 19 maggio 2009, in C-538/07).

La Corte di Giustizia ha ribadito il concetto con una più recente pronuncia, affermando la necessità di *“accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un’influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell’ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere*

*escluse dalla procedura*”, sul presupposto che “*il mero fatto che delle offerte come quelle di cui al procedimento principale siano state sottoscritte dalla stessa persona, ossia dal procuratore speciale del rappresentante generale per l’Italia [...], non può giustificare la loro esclusione automatica dall’appalto pubblico in questione*” (CGUE 8 febbraio 2018, in C-144/17).

La Commissione europea, con comunicazione 2021/C 91/01 sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione, ha sottolineato che ai fini dell’accertamento dell’unico centro decisionale tra due offerte:

- l’amministrazione aggiudicatrice deve evitare di basarsi su presunzioni generiche che possano portare al rifiuto automatico di tali offerte;
- agli operatori deve essere consentito di dimostrare che le loro offerte sono realmente indipendenti;
- all’amministrazione giudicatrice spetta stabilire se tali chiarimenti forniscano elementi di prova sufficienti a dimostrare che il collegamento tra gli operatori non ha influenzato la loro condotta nella procedura di aggiudicazione o il contenuto delle rispettive offerte ai sensi dell’art. 57 par. 4 lett. d della direttiva n. 24/2014/UE, e di decidere se ammettere gli operatori in questione a partecipare alla procedura.

Nel caso di specie la parte non ha argomentato in ordine agli elementi, desumibili dalle offerte, dai quali desumere l’esistenza dell’unico centro decisionale, limitandosi a riferire delle relazioni intercorrenti fra le società del gruppo.

Il profilo di censura non è quindi comunque meritevole di accoglimento.

11.3. Anche la restante parte del motivo non è fondata.

11.4. La questione giuridica sottesa allo scrutinio del presente motivo riguarda l’ambito di applicazione soggettivo del vincolo di partecipazione, essendo in predicato se esso si espande oltre il singolo offerente, al fine di comprendere una più vasta realtà imprenditoriale (così come definita *infra*).

Detta tematica si innesta nella presente controversia in ragione dei legami societari esistenti fra la società controinteressata e altre società controllate dalla stessa *holding*, che hanno parimenti presentato offerte nella gara suddivisa in lotti qui controversa (per altri lotti rispetto a quelli oggetto dell'offerta della società A), oltre che su altri elementi di collegamento esistenti fra le medesime realtà imprenditoriali, quali l'appartenenza delle stesse persone fisiche agli organi di vertice della predette e l'appartenenza di parte del capitale sociale ai medesimi soci (altri, rispetto alla *holding*), che a volte ricoprono anche cariche sociali.

11.5. Nel caso di specie la non espansione del vincolo di partecipazione si desume dagli stessi atti di gara.

Ai sensi dell'art. 51 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016 *“Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti”*.

In applicazione dell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 l'Amministrazione ha previsto la suddivisione in lotti e ha introdotto il limite di partecipazione, stabilendo che *“ciascun concorrente può presentare offerte per un massimo di 13 lotti”* e che *“il valore dei lotti cui si partecipa non può superare il 40% del valore della gara”*, specificando che le due regole *“non operano alternativamente”* (par. 3 del disciplinare e punto II.2.6 del bando).

La regola è rivolta al concorrente, senza ulteriore specificazione. Il concorrente (come si vedrà *infra*) è l'offerente, cioè l'operatore economico che presenta l'offerta, come definito dall' art. 3 lett. p del d. lgs. n. 50 del 2016.

La formulazione letterale della legge di gara depone quindi nel senso che il vincolo di partecipazione sia rivolto al singolo offerente, e non a una realtà imprenditoriale più vasta.

In sede di chiarimenti Consip ha fornito le seguenti indicazioni:

- *“una società controllata al 100% da una partecipante alla medesima procedura può presentare offerta per uno o più lotti per i quali la controllante non ha presentato offerta”* (chiarimento n. 42);

- *“il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno della autonomia delle singole società, dotate di personalità giuridica distinta e dunque le imprese controllate o collegate ex art. 2369 c.c., in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, possono partecipare ed aggiudicarsi ciascuna, più lotti, nel rispetto del vincolo di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara”* (chiarimento n. 89).

I chiarimenti esprimono la volontà della stazione appaltante di non estendere la portata del vincolo di partecipazione oltre il singolo concorrente, al fine di considerare l'appartenenza di questo a una più ampia realtà imprenditoriale.

Ciò risulta non solo dal tenore letterale di detti chiarimenti e soprattutto del chiarimento n. 89 ma anche dalle domande alle quali rispondono.

In particolare, con il chiarimento n. 89 la stazione appaltante ha risposto a una domanda posta con specifico riferimento al vincolo di partecipazione, con la quale è stato chiesto, appunto *“Con riferimento all’art. 3.1 del Disciplinare di gara “Partecipazione a più lotti”, di “chiarire se il vincolo (max 13 lotti o max 40% del valore di gara) debba applicarsi alla singola impresa partecipante o complessivamente a tutte le imprese/ società facenti parti del medesimo gruppo ai sensi dell’articolo 2359 del Codice Civile”*: la risposta dell’Amministrazione è inequivoca nel ritenere che i rapporti societari fra le singole offerenti non facciano venir meno le capacità partecipative delle singole società dotate di *“personalità giuridica distinta”*. Il richiamo al *“rispetto del vincolo di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara”* sta solo a significare che la singola offerente è tenuta comunque a rispettare il vincolo di partecipazione imposto dalla *lex specialis*.

Nella gara *de quo*, pertanto, la stazione appaltante non solo non ha previsto una conformazione del vincolo di partecipazione esteso al di là della singola soggettività giuridica offerente ma ha manifestato in modo espresso l'intendimento di non voler conformare in tale senso (allargato) il vincolo di partecipazione.

Né rileva nel caso di specie che detto intendimento sia stato espresso solo in sede di chiarimenti, che pertanto non meritano di essere annullati per tale

motivo.

Detti chiarimenti infatti rendono evidente la portata del vincolo di partecipazione contenuto nella *lex specialis* non modificando lo stesso ma limitandosi a specificarne il contenuto, senza alterarlo.

A fronte della previsione del vincolo di partecipazione rivolto all'entità che presenta l'offerta i chiarimenti anzidetti hanno infatti specificato che esso non si estende fino a essere rivolto anche a realtà imprenditoriali più vaste, che coinvolgano le singole persone giuridiche che hanno presentato l'offerta.

I chiarimenti nn. 42 e 89 hanno quindi rispettato “*il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione (limite che deriva dai principi di trasparenza, pubblicità e "par condicio" nelle gare di appalto quali presidi di matrice comunitaria della regolarità delle procedure di affidamento)*”, che impone che “*il chiarimento non possa forzare e andare oltre il possibile ambito semantico della clausola secondo uno dei suoi possibili significati*” (Cons. St., sez. III, 23 novembre 2022 n. 10301).

Piuttosto attraverso detti chiarimenti la stazione appaltante ha specificato la declinazione del vincolo di partecipazione fra le due indicate dalla giurisprudenza (nel senso maggiormente riduttivo della portata dello stesso e quindi ampliativo delle facoltà di partecipazione alla gara), non andando quindi a innovare la portata del vincolo.

La necessità di svolgere detta precisazione, avvertita dagli operatori economici che hanno formulato i quesiti e dalla stazione appaltante che ha reso i chiarimenti, è ancorata alla non univoca interpretazione riservata al vincolo, come testimoniato dalla (copiosa) giurisprudenza (su cui *infra*) che interpreta la portata soggettiva del vincolo in modo difforme, sia sull'*an* dell'estensione sia sul *quomodo*.

I chiarimenti *de quo* pertanto non solo non sono andati oltre all'ambito semantico della *lex specialis*, presupponendo piuttosto la stessa, ma neppure hanno comportato una modificazione del significato della stessa, non

avendone mutato il contenuto, il senso e la *ratio* (Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022 n. 64).

Nel caso di specie poi non solo la stazione appaltante non ha modificato la *lex specialis* ma ne ha piuttosto chiarito il contenuto, rendendo più trasparenti le previsioni di gara senza che sia ravvisabile alcun conflitto con il tenore della *lex specialis* (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2021 n. 2260), così soddisfacendo le esigenze di trasparenza che costituiscono il corollario del principio di parità di trattamento (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019 n. 309).

La mancanza di innovatività dei chiarimenti resi è attestata anche dal fatto che, in mancanza di essi, l'Amministrazione non avrebbe potuto interpretare diversamente la *lex specialis*. Ciò in quanto, in presenza di una difformità di interpretazione del vincolo, una in senso riduttivo dello stesso, e quindi ampliativo delle possibilità di partecipazione, e una ampliativa dello stesso, e quindi riduttiva delle possibilità di partecipazione, la stazione appaltante non avrebbe potuto che adottare la prima. L'obbligo di trasparenza impone infatti non solo che *“tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione”* ma anche che quelle inerenti l'applicazione di cause limitative della partecipazione e/o dell'aggiudicazione debbono essere formulate *“in maniera chiara, precisa e univoca”* dalla legge e dalla disciplina speciale della singola gara, senza poter di contro essere desunte sulla base di una mera interpretazione estensiva (CGUE, 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15 e C-162/16).

Infatti la trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l'interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di presentare un'offerta ammissibile e competitiva (CGUE, sez. IX, 2 giugno 2016, C- 27/15), sicché la trasparenza delle regole di gara, e in particolare delle regole la cui violazione determina l'espulsione dalla gara, è una condizione di competitività della stessa: regole incerte non solo disincentivano la partecipazione ma la impediscono in quanto non mettono le imprese nelle condizioni di presentare un'offerta ammissibile.

Se non viene espressa in modo chiaro (sulla base della *lex specialis* e della legge) una regola che impedisce la partecipazione, le esigenze di trasparenza impongono comunque di consentire ai concorrenti di sanare la propria posizione (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019 n. 309) e di scegliere, fra le varie interpretazioni possibili del bando di gara, quella che più privilegia la partecipazione, così saldando le regole di trasparenza con il principio del *favor participationis*, che impone, quando trattasi di clausole che possono condurre all'esclusione dell'offerta, di preferire, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023 n. 1589).

Così è avvenuto nel caso di specie, atteso che la stazione appaltante ha privilegiato l'interpretazione del vincolo di partecipazione avente portata ampliativa delle possibilità di partecipazione alla gara, così fornendo alla platea dei potenziali concorrenti una informazione funzionale alla formulazione di offerte ammissibili, coadiuvando la partecipazione alla gara e l'organizzazione imprenditoriale in attuazione delle regole di trasparenza e a garanzia della parità di trattamento e del *favor participationis*.

In presenza di chiarimenti il principio di affidamento dell'operatore economico risulta decisivo, atteso che esso si è organizzato per partecipare alla gara nel senso espressamente declinato dalla stazione appaltante, sicché il vincolo di partecipazione non può essere interpretato diversamente, in danno del concorrente.

In termini, proprio su un caso analogo, “*il principio di affidamento, correlato alla precisione del chiarimento reso dalla stazione appaltante risulta decisivo, sul piano del fatto, ai fini della esclusione, nella specie, del limite in danno delle società infragruppo*”, che aggiunge “*ancorché non meriti di essere condiviso, per le vicende ancora regolate dall'art. 51, comma 3 d. lgs. n. 50/2016, l'intendimento di una (già) necessaria indicazione espressa in re della legge di gara*” (Cons. St., sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127): è quindi evidente che, anche la giurisprudenza che si è pronunciata nel senso

che il vincolo di partecipazione alla *lex specialis* debba necessariamente essere inteso in senso ampliativo ha ritenuto determinante la sussistenza di un chiarimento di segno contrario.

In considerazione di quanto sopra non è fondata la doglianza di violazione dell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, non potendo quindi essere censurata l'ammissione alla gara, sotto tale profilo, di parte appellata.

11.6. Tanto basta per ritenere infondato il motivo.

11.7. Nondimeno si rileva altresì che non può in generale ritenersi, in uno con l'appellante, che la *ratio* proconcorrenziale dell'istituto della suddivisione in lotti, e dell'intera disciplina dei contratti pubblici, conduca necessariamente all'espansione del vincolo di partecipazione (nel silenzio della legge di gara).

Le linee direttrici della disciplina dei contratti pubblici e gli specifici istituti che vengono qui in evidenza non supportano tale conclusione.

Tradizionalmente, e comunque nel periodo precedente all'intervento dell'Unione europea in funzione di sviluppo del mercato interno sulla base del principio di concorrenza, la stipulazione del contratto da parte dell'Amministrazione è considerata materia di contabilità pubblica, come di evince dal fatto che la relativa disciplina è contenuta nel r.d. n. 2440 del 1923, recante appunto la disciplina sulla contabilità generale dello Stato.

L'Unione europea ha introdotto nella materia i principi dell'apertura del mercato e della tutela della concorrenza. Ciò in particolare è stato suggellato dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e dalla sentenza Stadz Graz (CGUE, sez. III, 30 settembre 2010, C-314), che, resa in materia di appalti pubblici, ha innestato un caso di responsabilità senza colpa dell'Amministrazione per violazione di regole poste a tutela del mercato. L'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (CGUE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13). Divengono, almeno in un primo periodo, recessive le esigenze dell'erario. E ciò tanto più se si considera che viene dettato “*l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norma*

*pertinenti del diritto dell'Unione"* e che *"qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente"* (CGUE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13).

Le direttive del 2014 (n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE) consolidano il *trend* già inaugurato in passato, volto a perseguire una dimensione di politica economica (*rectius* di creazione del mercato interno) degli appalti pubblici (in senso economico, ambientale e sociale).

Al contempo, però, in esse si rinviene il richiamo alla nozione, tipica della disciplina nazionale di stampo contabilistico, di accrescimento dell'*"efficienza della spesa pubblica"* e di *"uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici"* (considerando 2 della direttiva n. 2014/24/UE) e di moralità degli attori del mercato (considerando 100 e art. 57 della direttiva n. 2014/24/UE).

Il richiamo, contenuto anche in altre disposizioni riguardanti specifici istituti, come anche per la suddivisione in lotti, è tanto più rilevante se si considera che la prospettiva dell'Unione europea è comunque quella del mercato interno e della concorrenza: essa non dispone di una competenza generale ma agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri (art. 5 comma 2 TUE). Fra dette competenze rientra la competenza esclusiva in materia di concorrenza (art. 3 TFUE) e la competenza concorrente in materia di mercato interno (art. 2 TFUE).

E' quindi nella (sola) prospettiva dell'implementazione della concorrenza e del mercato interno che si muove, e si può muovere, l'Unione europea, laddove i profili dell'ordinamento civile, del sistema penale e dell'organizzazione dello Stato e della finanza pubblica rimangono invece riservati allo Stato membro.

Il confronto fra le due prospettive alle quali risponde la disciplina della contrattualistica pubblica, le esigenze dell'Amministrazione quale centro di spesa, che ha interesse a spendere nel modo più efficiente possibile le proprie risorse e a ottenere la migliore prestazione, e le esigenze di implementare il mercato interno ponendo regole di concorrenza per il mercato (appunto le regole delle gare pubbliche), permea l'intera disciplina della contrattualistica pubblica ma viene in evidenza soprattutto (ma non solo, come visto)

nell'ambito della normativa interna allo Stato membro, in ragione della richiamata attribuzione delle competenze nelle relative materie.

Le esigenze dell'erario governano innanzitutto la principale scelta dell'Amministrazione, quella di stipulare il contratto e di destinare delle risorse all'operazione: su di essa, non a caso, non intervengono le direttive, che danno piuttosto per presupposto detta decisione. Non è ammissibile infatti, per il nostro ordinamento, che un contratto sia stipulato al solo fine di implementare la concorrenza ma senza che vi sia un reale bisogno pubblico.

Una volta presa detta decisione le modalità di attribuzione della commessa sono disciplinate tenendo conto degli obiettivi posti dalle direttive Ue che richiamano, in più punti, le esigenze tradizionalmente contabilistiche.

In tale contesto la suddivisione in lotti risponde a una logica proconcorrenziale (di favore per le piccole e medie imprese).

L'operazione determina la suddivisione di una gara che potrebbe essere gestita come gara unica in più procedure distinte.

La *ratio* è quella di consentire una maggiore partecipazione, visto il moltiplicarsi dell'offerta pubblica e l'individuazione di forme di affidamento maggiormente accessibili (alle piccole e medie imprese) in quanto ad oggetto più limitato. Così facendo la suddivisione in lotti aumenta la partecipazione affiancando a operatori forti (che parteciperebbero anche in caso di gara unitaria) le piccole e medie imprese (che sono nelle condizioni di partecipare solo a singoli lotti).

La misura, di per sé sola, non assicura il raggiungimento dell'obiettivo, cioè la partecipazione delle piccole e medie imprese, oltre che degli operatori di più grandi dimensioni, essendo altrettanto rilevante il *quomodo* della suddivisione, cioè la perimetrazione dei lotti.

Che il mercato interno richieda il confronto concorrenziale fra più imprese possibili è testimoniato dal fatto che la Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha affermato che “è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la

*partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto"* (sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273).

Ha poi aggiunto che *"sarebbe contraria ad un'efficace applicazione del diritto comunitario l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione di appalto pubblico"*. Una soluzione siffatta, infatti, ridurrebbe notevolmente la concorrenza. Non si può pertanto estendere il divieto di partecipazione *"alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure"* (CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07).

Le considerazioni sono rese proprio in relazione alla presentazione dell'offerta da parte di società controllate, risultando evidente che il fine del più ampio confronto concorrenziale prescinde dall'appartenenza alla medesima realtà imprenditoriale, essendo piuttosto fondato sulla rilevanza del dato quantitativo della partecipazione.

La suddivisione in lotti, come rilevato dalla giurisprudenza, non priva l'Amministrazione delle offerte delle società di maggiori dimensioni e appartenenti a gruppo ma determina l'espansione della competizione anche a soggetti di piccole e medie dimensioni, così aumentando la concorrenza: *"La sintesi che ha trovato la stazione appaltante, ossia tra tutela delle PMI ed esigenze di concorrenza più in generale, è stata quella di allargare il più possibile la partecipazione alle piccole medie imprese mediante la articolazione dimensionale dei lotti di gara, senza tuttavia volersi privare di quelli che sono i soggetti evidentemente "migliori" sul mercato (in questo caso: alcuni soggetti che fanno parte di più ampie holding societarie)"* (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2022 n. 4726).

Le direttive UE prevedono la suddivisione in lotti come scelta discrezionale della stazione appaltante, facoltizzando gli Stati membri a prevederla come obbligatoria (art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE), benché ritengano che le Amministrazioni debbano *"essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti"* ed *"estendendo agli appalti di entità minore la portata dell'obbligo di esaminare se sia*

*appropriato suddividere gli appalti in lotti per appalti di entità minore, obbligando le amministrazioni aggiudicatrici a fornire una motivazione della decisione di non suddividere in lotti o rendendo la suddivisione in lotti obbligatoria in determinate condizioni?* (considerando 78 della direttiva n. 2014/24/UE).

Con il d. lgs. n. 50 del 2016 la suddivisione in lotti è divenuta necessaria, salvo diversa, e motivata, decisione (art. 51 comma 1).

Così facendo il legislatore ha reso la suddivisione in lotti di una gara gestibile anche in modo unitario (che, altrimenti, non si parlerebbe di suddivisione in lotti ma di gare distinte) una opzione necessitata per le stazioni appaltanti italiane.

Nel fare ciò il legislatore italiano ha dato prevalenza alla logica proconcorrenziale (nei termini sopra illustrati) rispetto a quella di efficienza della spesa pubblica e di tutela del contraente pubblico, laddove invece la direttiva, considerando non vincolata la scelta di suddividere in lotti, rende evidente come la Ue rispetti scelte degli Stati membri che diano prevalenza alle esigenze pubblicistiche di efficienza della spesa e dell'amministrazione della cosa pubblica rispetto alle esigenze del mercato concorrenziale.

Nella prospettiva pubblicistica infatti la suddivisione in lotti presenta conseguenze negative, quali le diseconomie di scala, la minore coerenza prestazionale e la moltiplicazione delle procedure e del contenzioso, che sono compensate solo in parte dalla partecipazione alla gara, che dovrebbe aumentare la concorrenza anche sul prezzo o comunque sulla *performance* generale dell'affidamento, e dalla maggiore possibilità di ottenere una migliore prestazione, in ragione della maggiore concorrenza e della possibilità di meglio enucleare le esigenze da soddisfare in relazione ai singoli lotti.

La suddivisione in lotti determina lo svolgimento di una pluralità delle gare (è proprio moltiplicando le gare che si garantisce una maggiore concorrenza), seppur svolte con tempistiche simultanee e altri elementi comuni.

La diretta conseguenza di detta constatazione è che ogni singola impresa può decidere di partecipare anche a tutte le gare: in generale, quando ci sono

diverse gare, le scelte di partecipazione rientrano nella libertà economica di ogni singola impresa. La competizione concorrenziale è affidata alla logica di mercato e alle scelte imprenditoriali, sicché saranno le singole imprese a stabilire se sono in condizioni di presentare una o più offerte.

La (diversa) possibilità di ridurre le scelte imprenditoriali di partecipazione è lasciata all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

I commi 2 e 3 dell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 introducono, infatti, la facoltà (non l'obbligo) per le stazioni appaltanti di introdurre un vincolo di partecipazione (comma 2) o un vincolo di aggiudicazione (comma 3).

La disciplina pertanto consente, non impone, di considerare congiuntamente le procedure dei diversi lotti per alcuni aspetti e specificamente al fine di imporre un vincolo di partecipazione (o di aggiudicazione, ma non è il caso di specie).

*Quindi “sussiste l'obbligo (tendenziale) di suddividere in lotti funzionali e prestazionali la gara ma non anche quello di “riservare” taluni lotti medesimi alle PMI. Di qui la presenza di una facoltà distributiva (proconcorrenziale) e non di un “obbligo distributivo” in tal senso” (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2022 n. 4718).*

La contemporanea previsione, contenuta nell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, del carattere vincolante della suddivisione in lotti e del carattere facoltativo dell'apposizione dei suddetti di partecipazione rende evidente che la suddivisione in lotti non ha, di per sé, quale finalità quella di disincentivare la partecipazione alla gara delle imprese più affermate sul mercato e la concentrazione di potere economico e precludere l'accaparramento di commesse da parte di operatori forti, essendo volta ad aumentare i concorrenti in gara, non a limitarli (seppure in ragione di finalità di interesse generale).

Dal punto di vista operativo il vincolo di partecipazione si fonda sul superamento della regola della distinzione delle gare per singolo lotto (e quindi della logica della suddivisione in lotti) in quanto stabilisce, contrariamente a quanto avverrebbe nel caso di svolgimento di varie gare

distinte, nelle quali ogni operatore può liberamente partecipare, di ridurre le possibilità partecipative ad alcuni lotti.

E' una scelta facoltativa nell'*an*, sia a livello interno sia a livello eurounitario: *“Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti”* (così nell'art. 46 della direttiva n. 2014/24/UE e analogamente nell'art. 51 comma 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).

L'art. 46 della direttiva n. 24/2014/UE è esplicito nel prevedere il carattere facoltativo dell'apposizione dei vincoli suddetti: è la stazione appaltante a decidere attraverso la *lex specialis*.

Il considerando 79 della direttiva n. 24/2014/UE è altrettanto eloquente dove afferma che, *“se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta”*.

L'introduzione di vincoli di partecipazione delinea una prospettiva che modifica l'impostazione di fondo della suddivisione in lotti, che appunto mira a garantire una maggiore partecipazione alla gara affidando al confronto competitivo il raggiungimento del migliore esito. Detta prospettiva viene superata dall'introduzione di regole pubblicistiche volte a incidere sul confronto competitivo riducendolo sulla base della finalità di distribuire le commesse in gara.

Il vincolo di partecipazione, riducendo le possibilità di partecipazione degli operatori interessati, e in particolare dei grandi operatori, cioè di coloro che hanno la possibilità di partecipare a più o a tutti i lotti, oltre che aumentare le potenziali conseguenze negative rispetto all'efficienza della spesa pubblica, diminuisce le possibilità partecipative di questi ultimi e aumenta le *chances* di vittoria delle piccole e medie imprese. Ciò non vuol dire che le piccole e medie imprese abbiano una effettiva possibilità di vittoria, essendo ciò conseguenza delle caratteristiche del mercato oggetto di gara (e del numero di *competitors* di grandi dimensioni che lo caratterizza), della tipologia di

prestazione richiesta, delle modalità di svolgimento della specifica gara e della tipologia dei lotti.

Gli effetti di riduzione della concentrazione del potere economico (non propri della suddivisione in lotti) costituiscono quindi conseguenze solo eventuali dell'introduzione del vincolo di partecipazione.

L'introduzione dei vincoli, essendo facoltativa, rende necessario che vi sia una ragione alla base della scelta. E ciò risulta ancor più evidente se si considera che (come già sopra considerato) le diseconomie prodotte dalla suddivisione in lotti sono bilanciate dalla maggior efficienza portata dal confronto competitivo allargato, che i vincoli di partecipazione riducono.

Nella prospettiva pubblicistica infatti il sacrificio delle economie di scala (che si verifica con la suddivisione in lotti) è compensato dalla maggiore partecipazione alla gara, che dovrebbe aumentare la concorrenza anche sul prezzo o comunque sulla *performance generale* dell'affidamento: imponendo il vincolo di partecipazione si riduce questo secondo effetto.

Dal punto di vista degli effetti infatti *“i vincoli di partecipazione possono avere un costo più alto in termini di (1) maggior facilità di coordinamento tra imprese (quindi un maggior rischio di turbativa d'asta) e (2) minor numero atteso di concorrenti su ciascun lotto”* rispetto alla sola suddivisione dei lotti (così la relazione al d. lgs. n. 36 del 2023), così delineando una direzione opposta rispetto all'istituto della suddivisione in lotti, che dovrebbe assicurare una maggiore partecipazione competitiva. Risultano quindi ridotte, nella prospettiva pubblicistica, le possibilità che le diseconomie di scala siano controbilanciate dal confronto concorrenziale.

La scelta di esercitare la facoltà di apporre un vincolo di partecipazione deve quindi poggiare su ragioni specifiche, che rendano razionale introdurlo con riferimento alla specifica gara (che altrimenti il legislatore avrebbe imposto un vincolo generale).

Le considerazioni alla base della scelta (di apporre vincoli di partecipazione) possono avere quali presupposti ragioni connesse alle caratteristiche della gara

e all'efficienza della prestazione, o ragioni inerenti al relativo mercato. Né la stazione appaltante può tralasciare di tenere conto della tipologia di lotti che ha delineato e dei criteri di aggiudicazione previsti per la specifica gara, essendo diverso il peso del dato meramente economico rispetto al dato qualitativo a seconda che si applichi il criterio del prezzo più basso o il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e potendo contemperare le varie esigenze delineando, nel rispetto della previsione normativa, i pesi da attribuire a ogni aspetto della commessa.

Con specifico riferimento alla finalità dell'introduzione del vincolo di partecipazione il considerando 79 della direttiva n. 24/2014/UE richiama un duplice scopo del vincolo, *“allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento”*, così delineando l'istituto non solo in funzione proconcorrenziale ma anche tipicamente pubblicistica (di cura della commessa dal punto di vista dell'interesse dell'Amministrazione dal punto di vista finanziario e dal punto di vista della miglior soddisfazione dell'esigenza pubblica cui il contratto in gara è preordinato).

Introdotta il vincolo di partecipazione sulla base delle valutazioni anzidette, costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta di ritenerlo operante in modo allargato, ancorché l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici.

E' infatti la stazione appaltante a stabilire se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico e patrimoniale, dovendo a tal fine valutare costi e benefici, anche in relazione alle modalità scelte per la perimetrazione dei singoli lotti, indicando specificamente quale è il criterio di espansione del vincolo di partecipazione.

In mancanza di detta scelta, l'espansione dello stesso al di là del singolo operatore partecipante non può essere considerata automatica, non potendosi ritenere implicitamente contenuta nella scelta di apporre il vincolo di partecipazione.

Ostano a ciò le seguenti considerazioni.

In termini generali, l'intera disciplina delle gare pubbliche si fonda sul fatto che l'offerta attesti con certezza il soggetto che partecipa alla gara, al fine di sottoporlo a una serie di valutazioni volte ad assicurare l'integrità e l'affidabilità dello stesso e dell'offerta presentata in un'ottica di tutela della commessa pubblica (riconosciuta dalle stesse direttive UE).

In detto contesto sono ridotte le ipotesi in cui il legislatore ha attribuito rilevanza a circostanze ulteriori caratterizzanti, anzi alteranti, il profilo soggettivo dell'offerente e le ha disegnate, comunque, quali forme patologiche, da espellere dalla gara in quanto idonee ad alterarne il confronto concorrenziale. E' il caso della fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016, che prevede l'esclusione delle offerte riconducibili a un medesimo centro decisionale, così rendendo necessario disvelare la presenza di un centro di imputazione di interessi celato dalla presentazione di più offerte e che richiede, al fine appunto di attribuire la titolarità dell'offerta a una realtà più vasta rispetto all'offerente, che vi siano specifici indici desumibili dall'offerta stessa (*“un'influenza sul contenuto delle rispettive offerte”*, così CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07), così ribadendo la centralità di questa al fine di individuare la soggettività partecipante alla gara.

Diversamente dall'art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016 l'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016 detta alla stazione appaltante regole di organizzazione della gara che disciplinano il fisiologico svolgimento della stessa e presuppone quindi, in assenza di diversi ed espressi indici normativi, che l'operatore economico che partecipa alla gara sia individuabile sulla base dell'offerta presentata, non potendo quindi farsi applicazione del principio dell'apparenza del diritto, generalmente volto alla tutela di posizioni che altrimenti ne rimarrebbero prive mentre nel caso del gruppo la responsabilità della capogruppo è espressamente sancita e regolamentata dall'art. 2497 c.c. (sicché,

anche sotto tale profilo, la presenza del gruppo non mette in pericolo la posizione dell'Amministrazione).

Rispetto alla portata dell'art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, si rileva che, se l'introduzione del vincolo di partecipazione è il frutto della (sopra illustrata) discrezionalità della stazione appaltante, a maggior ragione è discrezionale la conformazione di detto vincolo e quindi l'estensione dello stesso oltre il singolo operatore che partecipa alla gara relativa allo specifico lotto: *“la discrezionalità di cui all'art. 51, commi 2 (vincolo di partecipazione) e 3 (vincolo di aggiudicazione), se si esercita nell'an (introduzione vincolo quantitativo di partecipazione e/o di aggiudicazione) a fortiori trova applicazione nel quomodo (scelta di estendere o meno tale vincolo anche alle società che formano un unico centro decisionale)”* (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2022 n. 4718).

Ritenere che il vincolo di partecipazione si estenda sempre (cioè in assenza di una specifica determinazione in tal senso della stazione appaltante) a operatori e aziende diverse ma facenti parte di una stessa realtà imprenditoriale può infatti voler dire privare sempre (cioè senza che venga vagliata lo specifico contesto in cui il vincolo opera) la commessa delle offerte potenzialmente portatrici delle più rilevanti economie di scala, nell'ambito di un'operazione che è già stata defraudata, con la suddivisione in lotti (obbligatoria salvo espresse ragioni di segno contrario), delle economie di scale relative alla domanda, così potendo produrre un ulteriore *vulnus* alla prospettiva pubblicistica dell'efficienza della prestazione e della spesa pubblica.

Di talché anche detta scelta, oltre a quella di apporre il vincolo di partecipazione, deve poggiare su considerazioni razionali, che tengano conto non solo sulla volontà di evitare concentrazioni di commesse pubbliche ma anche degli effetti distorsivi di tali scelte sulla parte pubblica e dell'effettiva possibilità di assicurare la finalità perseguita, che dipende appunto dalle caratteristiche del mercato oggetto di gara, dalla tipologia di prestazione richiesta e dalle modalità di svolgimento della specifica gara, oltre che dalla concreta perimetrazione dei lotti adottata dalla stazione appaltante.

Infatti, come già sopra evidenziato, non necessariamente risponde alle prerogative pubblicistiche dell'evidenza pubblica, oltre che alle esigenze del confronto concorrenziale, ritenere sempre e comunque che l'Amministrazione sia costretta a scartare in alcuni lotti le offerte potenzialmente più convenienti (dal punto di vista finanziario, e fatta salva la valutazione della qualità della prestazione), per il sol fatto di dover garantire una pluralità di imprese contraenti: produrre diseconomie rispetto alla gestione della spesa pubblica in mancanza di una ragione specifica non risulta rispondente né alle ragioni contabilistiche dell'Amministrazione, né alle prerogative proprie del mercato concorrenziale.

Né può ritenersi che non espandere automaticamente il vincolo di partecipazione tradisca la *ratio* della suddivisione in lotti. E ciò in ragione del fatto, sopra approfondito, che la *ratio* della gara per singoli lotti poggia sulla volontà di aumentare le offerte che l'Amministrazione riceve (consentendo la presentazione delle offerte anche da parte delle piccole e medie imprese, ma non assicurando né che siano non soprattutto ultime a presentarle, né che possano poi vincere la gara). La scelta di ridurre la partecipazione complessiva disincentivando la presentazione di offerte da parte delle imprese di maggiori dimensioni è invece solo una scelta eventuale e non necessitata dalla suddivisione in lotti ma piuttosto correlata alla decisione, facoltativa, di introdurre un vincolo di partecipazione. E ciò anche in ragione del fatto che detta ultima scelta è idonea ad assicurare l'obiettivo di disincentivare la concentrazione del mercato solo in ragione di variabili, sopra richiamate, che non dipendono dall'Amministrazione e che debbono essere da questa considerate.

A maggior ragione la non espansione del vincolo di partecipazione non può tradire l'impostazione eurounitaria che neppure considera obbligatoria la suddivisione in lotti.

A ciò si aggiunge che difficilmente può ritenersi implicito un vincolo la cui specifica espansione è incerta, dipendendo da variabili che richiedono di

essere espressamente specificate.

La giurisprudenza ha infatti individuato il parametro dell'espansione del vincolo di partecipazione oltre la singola soggettività che ha presentato l'offerta facendo riferimento a nozioni diverse.

In particolare, in alcuni casi sono richiamate le nozioni di “*sostanziale unitarietà della proposta negoziale*” o di “*unico centro decisionale*” (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2022 nn. 8726, 8729 e 8730 e 27 settembre 2021 n. 6481), in altri casi si fa riferimento ai rapporti di controllo di cui all'art. 2359 c.c. (Cons. St., sez. V, 27 novembre 2020 n. 7455), relazionandoli al concetto di gruppo societario (Cons. St., Sez. III, n. 7 giugno 2022 n. 4625 e sez. V, 18 marzo 2021 n. 2350, o al “*medesimo gruppo ai sensi dell'art. 2359 c.c.*” di cui Cons. St., sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127) o congiuntamente a entrambi, cioè all'unicità del centro decisionale e ai rapporti privilegiati fra società (Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2023 n. 652 e 9 giugno 2022 nn. 4718, 4725 e 4726, nonché Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003).

In tale contesto non può ritenersi implicita l'espansione di un vincolo (di partecipazione) senza potere conoscere, e soprattutto senza che gli operatori interessati possano prevedere, in che direzione avviene detta espansione.

La stessa relazione che ha accompagnato l'approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 36 del 2023, dà conto della diversa estensione attribuita a detto vincolo dalla giurisprudenza, motivando la varietà di soluzioni in ragione del fatto che “*la giurisprudenza più recente (CDS, V, n. 4726/2022; III, n. 4625/2022; 6481/2021) opta per una soluzione diversa a seconda della finalità del vincolo (a seconda che tale vincolo persegua una finalità legata alla prestazione contrattuale ovvero una finalità di tipo antitrust: con il problema, in questo caso, di individuare il mercato di riferimento)*”.

In ogni caso, qualunque sia la spiegazione della varietà di espansione del vincolo, la stessa possibilità che il vincolo di partecipazione possa espandersi in modo diverso (e non individuabile con certezza, atteso che non sempre è agevole individuare la finalità del vincolo, sempre che si possa ritenere che

sussista un legame certo fra finalità del vincolo e parametro di espansione del vincolo stesso), rende improponibile un'espansione dello stesso che avvenga senza che sia specificato il parametro certo che consenta agli operatori interessati di potersi organizzare al fine di presentare un'offerta ammissibile.

Nel silenzio della legge di gara l'eventuale vincolo di partecipazione non può quindi che essere rivolto alle singole soggettività che presentano l'offerta, non potendosi espandere nel senso sopra ipotizzato.

Né può ritenersi che la non espansione del vincolo di partecipazione comporti necessariamente un *vulnus* alla tutela della concorrenza, così come disciplinata a livello eurounitario, a cominciare dagli artt. 101 – 105 e 107- 109 TFUE: è infatti lo stesso legislatore europeo che ha impresso un carattere solo facoltativo al vincolo di partecipazione nell'ambito delle gare pubbliche, così ritenendo compatibile con la disciplina concorrenziale la mancata obbligatorietà di detto vincolo e quindi la configurazione dello stesso con modalità che non necessariamente coinvolgono la realtà imprenditoriale nel quale è inserito il singolo operatore economico.

Del resto la Corte di giustizia ha precisato che l'obiettivo delle direttive sugli appalti, e segnatamente dell'art. 57 par. 4 della direttiva 2014/24/UE, “*appare diverso da quello dell'articolo 101 TFUE*”, dal momento che “*quest'ultimo intende reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e dissuaderle dal commettere tali comportamenti*” (CGUE, sez. IV, 15 settembre 2022, C-416/21) mentre le prime tendono a selezionare il miglior offerente.

La disciplina *antitrust* attiene infatti tipicamente ai rapporti fra le imprese e alle regole di funzionamento del mercato (concorrenza nel mercato) mentre le regole delle gare pubbliche intervengono in rapporti o in settori dove sussistono interessi pubblici che non possono essere affidati alle sole regole del mercato. Sicché nella seconda prospettiva l'introduzione di regole tipicamente *antitrust* deve essere valutata e bilanciata alla luce degli interessi indisponibili coinvolti, così come risulta evidente nel caso di specie, laddove

alla prospettiva concorrenziale si affianca la prospettiva pubblicistica di efficienza della commessa e della spesa pubblica.

Né la nozione di partecipante alla gara può essere influenzata dalla nozione di imprese propria della disciplina anticoncorrenziale.

E' la stessa Corte di giustizia a precisare che la nozione di impresa del diritto anticoncorrenziale, ai sensi dell'articolo 101 TFUE, "*costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione*", che considera l'unicità imprenditoriale, dal punto di vista economico, come idonea a superare l'alterità soggettiva (CGUE, sez. II, 14 marzo 2019, C724/17), facendo in particolare riferimento al fatto che ciò si verifica "*qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali*" (CGUE, Grande sezione, 11 dicembre 2007, C280/06).

Nell'ambito del diritto dei contratti pubblici, invece, la nozione di operatore economico è delineata a livello eurounitario con riferimento alla singola soggettività giuridica.

La Corte di giustizia, decidendo in merito alla partecipazione di più società di un gruppo (alla medesima gara), ha infatti affermato che "*l'esclusione sistematica delle imprese tra loro collegate dal diritto di partecipare ad una medesima procedura di aggiudicazione*" di appalto pubblico "*ridurrebbe notevolmente la concorrenza a livello comunitario*" (sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07, richiamata nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273), così rendendo evidente che quando le direttive si riferiscono al partecipante alla gara richiamano la nozione di singola soggettività imprenditoriale, non quella del gruppo.

Né depone in senso contrario il criterio della neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti, delineata dalla giurisprudenza e attualmente richiamata nel considerando 14 e nell'art. 19 par. 1 della direttiva 2014/24/UE.

In tale ultima prospettiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha delineato un'ampia nozione di operatore economico,

idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato “*a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare*” (CGUE, sez. X, 11 giugno 2020, C-219/19). E ciò al fine di favorire un’ampia partecipazione alla gara e di assicurare un pieno confronto concorrenziale, evitando che questioni attinenti alla modalità di costituzione o all’adozione di particolari forme giuridiche possa impedire il riconoscimento della soggettività dell’operatore, così ostando all’ammissione dell’offerta e diminuendo le possibilità di partecipazione alla gara. La prospettiva è quindi diversa da quella che coinvolge la questione della partecipazione alla gara di imprese fra loro collegate, delle quali non è in discussione il riconoscimento della singola soggettività giuridica, anzi spesso avente la forma della personalità giuridica, ma piuttosto il superamento di detta personalità al fine di considerare il gruppo un’unica entità, così diminuendo le possibilità partecipative delle singole soggettività facenti parte dello stesso e il numero degli operatori che si contendono la commessa pubblica.

Anche l’ordinamento italiano è informato al principio dell’alterità soggettiva di ogni persona giuridica, seppur facente parte del medesimo gruppo. Detta appartenenza, infatti, non è ritenuta idonea a superare la soggettività della singola società che ne fa parte.

Innanzitutto l’alterità è riconosciuta nell’ambito della disciplina della contrattualistica pubblica. Tanto emerge in particolare con riferimento in generale alla nozione di concorrente alla gara e, in particolare, con riferimento all’avvalimento infragruppo.

Nella prima prospettiva (generale) non può ritenersi che il termine concorrente, che replica quello di offerente utilizzato dall’art. 51 del d. lgs. n. 50 del 2016, non possa essere riferito alla singola impresa ma ricomprenda anche gli operatori economici “*sostanzialmente riconducibili ad un unitario centro decisionale o ad un’organizzazione economica operante, a guisa di grande operatore di mercato, in forma di holding*” (Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2022 n. 9003 e sez. V, 27 settembre 2021 n. 6481). Che, altrimenti, oltre a porsi in contrasto con la

sopra richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia, si incrina la tenuta dell'intera disciplina dei contratti pubblici, fondata su una nozione di operatore economico delineata nel senso che è riferita alla *“persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica”* che presenta l'offerta (art. 3 lett. p) del d. lgs. n. 50 del 2016), rispetto alle quali si applica, da un lato, il criterio della neutralità delle forme giuridiche e, dall'altro lato, si ammettono le forme aggregative così come delineate dagli artt. 45 e ss. del d. lgs. n. 50 del 2016.

Nella seconda prospettiva (particolare), la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla scorta dell'art. 89 del d. lgs. n. 50 del 2016 e considerato che per il diritto eurounitario ciò che conta è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, rimettendo poi all'ordinamento del singolo Stato membro la concreta verifica di tale disponibilità, afferma che, anche nell'ambito del gruppo, si *“richiede comunque l'avvalimento, non potendosi automaticamente attribuire il servizio svolto dalla controllata alla controllante, mancando identità di soggettività giuridica e non essendo stato il servizio svolto da quest'ultima”* (Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2019 n. 965).

La necessità dell'avvalimento, ribadita dalla giurisprudenza, presuppone la convinzione che l'alterità soggettiva osti alla certezza dell'impegno necessario alla stazione appaltante per ammettere l'offerta, nonostante l'appartenenza al medesimo gruppo (la cui nozione sconta comunque le differenti concezioni di gruppo societario presenti nel contesto internazionale). E ciò viene richiesto nonostante, nel caso di avvalimento infragruppo, l'utilizzo della nozione di gruppo potrebbe essere funzionale ad agevolare le possibilità di partecipazione alla gara.

In detto contesto non si rinviene la ragione per la quale, quando una società intende avvalersi di un'altra al fine di presentare l'offerta, la società ausiliaria e la società ausiliata sono considerate distinte anche se appartenenti al medesimo gruppo, imponendo adempimenti partecipativi che rendono

onerosa la presentazione dell'offerta, nel caso invece in cui le società appartenenti al medesimo gruppo vogliano partecipare in modo distinto (aumentando quindi il numero dei partecipanti alla gara), dovrebbero essere (necessariamente) considerate congiunte.

Più in generale, neppure nell'ambito del diritto societario la presenza di un gruppo supera il principio dell'alterità soggettiva delle società che ne fanno parte. E ciò nonostante il gruppo sia riconosciuto quando sussiste, presumibilmente da parte della società che redige il bilancio consolidato o controllante *ex art.* 2359 c.c. (art. 2497-sexies c.c.), un'attività direttiva e coordinatrice connotata dal carattere continuativo dello scopo operativo dell'ente sovraordinato che persegue la cura dell'interesse dell'intero gruppo, da un modello di relazioni strutturali-organizzative che, se pure indefinibile a priori, si caratterizza comunque per il livello decisionale sovraordinato rispetto all'orizzonte di ciascuna società eterodiretta, e che si estrinseca in interventi volti ad evitare possibili conflitti o sovrapposizioni tra le attività imprenditoriali e le scelte commerciali delle singole partecipate o dirette, nonché a indicare le sinergie necessarie a perseguire più complessi obiettivi di mercato, coordinando e selezionando le iniziative economiche delle società eterodirette.

La presenza di un'attività dell'ente di direzione distinta rispetto a quella che viene ordinariamente svolta attraverso l'esercizio dei comuni diritti che derivano ai soci (anche di maggioranza) dalla mera partecipazione al capitale sociale, e che, a differenza di questi, richiede l'attuazione di condotte continuative e sistematiche, eventualmente tradotte anche in atti negoziali, dirette alla adozione ed imposizione di soluzioni organizzative ed imprenditoriali a livello strategico di gruppo di imprese non è infatti sufficiente a incidere sul profilo giuridico dell'alterità soggettiva, che, anzi, sottende la *“necessaria pluralità dei soggetti eterodiretti”* (Cass. civ., sez. III, 1 giugno 2021 n. 15276): *“l'apprezzamento di esistenza di un gruppo implica certamente l'esistenza di più società”* (Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019 n. 24943).

Piuttosto la disciplina dettata dal Capo IX del Titolo V, Libro V, del codice civile è preordinata a soddisfare le specifiche esigenze di coloro che vengono in contatto con una realtà imprenditoriale che supera la qualificazione giuridica dei singoli soggetti. E ciò prevedendo un'adeguata informazione sui collegamenti infragruppo e sulla situazione patrimoniale ed economica dell'intero gruppo (attraverso, ad esempio, la redazione del bilancio consolidato), evitando che gli intrecci proprietari alterino l'integrità patrimoniale delle società coinvolte e il corretto funzionamento degli organi gestori (attraverso, ad esempio, le norme sul conflitto di interessi dei soci e degli amministratori) e impedendo che siano pregiudicati dal gruppo coloro che fanno esclusivo affidamento sull'andamento delle singole società (attraverso le forme di responsabilità previste a carico della società controllante e a favore dei soci e dei creditori delle singole società appartenenti al gruppo, quali l'art. 2497 commi 1 e 3 c.c. o la previsione del diritto di recesso di cui all'art. 2497-*bis* c.c.).

La disciplina dei gruppi non supera però la nozione giuridica di alterità soggettiva delle società che ne fanno parte.

La stessa responsabilità della società che esercita l'azione di direzione e coordinamento nei confronti dei soci e dei creditori delle società eterodirette, infatti, si aggiunge, non si sostituisce, alla responsabilità degli organi di vertice di queste ultime (*“la circostanza che l'amministratore sia rimasto di fatto estraneo alla gestione della stessa, avendo consentito ad altri di ingerirsi nella conduzione dell'impresa sociale o essendosi limitato ad eseguire decisioni prese in altra sede, non è sufficiente ad escludere la sua responsabilità, riconducibile all'inosservanza dei doveri posti a suo carico dalla legge e dall'atto costitutivo, la cui assunzione, collegata all'accettazione dell'incarico, gli imponeva di vigilare sull'andamento della società e di attivarsi diligentemente per impedire il compimento di atti pregiudizievole”*), così Cass. civ., sez. I, ordinanza 3 marzo 2021 n. 5795) e può essere esercitata solo dopo che l'azione avverso questi ultimi è risultata infruttuosa (art. 2497 comma 3 c.c.).

Una delle impostazioni più avanzate, di superamento della soggettività giuridica nell'ambito del gruppo, si deve alla giurisprudenza giuslavoristica. Ma anche in tale ambito si richiede comunque a tal fine la sussistenza di quattro presupposti da accertare in concreto, la cui rilevanza e incisività rende evidente come il superamento dell'alterità soggettiva avvenga solo a condizioni che non poggiano soltanto sulla nozione di gruppo, e il cui riconoscimento è comunque giustificato dall'esigenza ordinamentale di tutelare il soggetto debole del rapporto di lavoro. E' richiesta infatti l'unicità della struttura organizzativa e produttiva, l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune, un coordinamento tecnico e amministrativo - finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune e l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori (Cass. 24 gennaio 2020 n. 1656). Infatti, soltanto quando la concreta ingerenza della società capogruppo nella gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle altre società del gruppo stesso *"ecceda il ruolo di direzione e coordinamento generale spettante alla stessa sul complesso delle attività delle società controllate"*, essa *"determina l'assunzione, in capo alla medesima, della qualità di datore di lavoro, in quanto soggetto effettivamente utilizzatore della prestazione e titolare dell'organizzazione produttiva nel quale l'attività lavorativa è inserita con carattere di subordinazione"* (Cass. civ., sez. I, ordinanza 16 febbraio 2022 n. 5126): è quindi evidente che non è sufficiente che ricorra il gruppo societario per giustificare il superamento della soggettività giuridica, richiedendosi un *quid pluris*.

Persino nel caso delle società *in house*, laddove è l'ordinamento (pubblicistico) a prevedere, su sollecitazione del diritto e della giurisprudenza eurounitaria, il superamento dell'alterità soggettiva in ragione del rapporto della società con l'ente pubblico e allo specifico fine di attrarre dette soggettività

all'applicazione della disciplina sull'evidenza pubblica, che altrimenti rimarrebbe inattuata in un settore così rilevante, il legislatore ha precisato che esse rimangono comunque soggette alla disciplina della crisi d'impresa prevista per le medesime (e non per l'ente pubblico di cui costituiscono la *longa manus*), così assicurando comunque l'alterità soggettiva con riferimento all'aspetto della responsabilità patrimoniale, che più tipicamente connota le persone giuridiche "artificiali" (costituendo la ragione ultima della relativa configurazione).

Pertanto, pur rinvenendosi alcune prospettive di superamento della nozione di singola soggettività giuridica al fine di riconoscere una più vasta realtà imprenditoriale, non si ravvisano i presupposti, né di diritto UE, né di diritto interno, per ritenere che la previsione del vincolo di partecipazione privo di ulteriori connotati si possa espandere (senza specifica previsione della *lex specialis*) oltre le singole soggettività giuridiche che presentano l'offerta, al fine di rivolgersi a più ampie realtà imprenditoriali, nella specie, in particolare, al gruppo di società (concetto cui fa riferimento l'appello in esame).

Detta impostazione trova continuità, sul piano positivo, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il d. lgs. n. 36 del 2023, che all'art. 58 comma 4 prevede che la limitazione del "*numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente*" sia rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e che solo esercitando un'ulteriore facoltà, la stazione appaltante possa decidere di estendere il limite quantitativo "*a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile*".

Rispetto invece alla disciplina precedente la suddetta impostazione è conforme a numerosi precedenti, della sezione e non (Cons. St., sez. V, 13 ottobre 2022, nn. 8726, 8729 e 8730, 9 giugno 2022 nn. 4718, 4725 e 4726 e 18 marzo 2021 n. 2350, nonché sez. III, 7 giugno 2022 n. 5625).

Vi sono poi pronunce che statuiscono diversamente, ritenendo insito nell'apposizione del vincolo (specie di aggiudicazione) l'espansione dello stesso oltre la singola soggettività giuridica allorquando sussiste una realtà

imprenditoriale alla quale sono riconducibili specifiche offerte. Nondimeno si rileva che le due pronunce richiamate dall'appellante sono state rese con riferimento a casi connotati da elementi che li differenziano dal caso in questione e tali da intercettare ipotesi poste a cavallo fra il vincolo di partecipazione (o di aggiudicazione) e l'ipotesi dell'illecito escludente di tipo anticoncorrenziale (art. 80 comma 5 lett. m del d. lgs. n. 50 del 2016, ritenuto non applicabile alle offerte non riguardanti la medesima gara ma diversi lotti), comunque sollevato nelle relative controversie. Il riferimento è a:

- la sentenza n. 9003 del 2022 della sezione III, nella quale è sottolineata la presenza di *“plurimi (13) elementi sintomatici della unicità della loro provenienza, che se la gara non fosse stata suddivisa in lotti sarebbero stato rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), del codice dei contratti pubblici”* (21 ottobre 2022);
- la sentenza n. 6481 del 2021 di questa Sezione, nella quale rileva la presenza di un chiarimento di segno opposto a quello di cui alla presente gara, il cui contenuto è stato delineato nel senso che *“il vincolo di aggiudicazione dovesse ritenersi operante, nella prospettiva della stazione appaltante, anche in caso di diversi operatori economici che avessero mirato all'aggiudicazione di lotti distinti pur essendo sostanzialmente espressione di un unico centro decisionale”*, ha reso inapplicabile l'espansione del vincolo in danno delle società infragruppo al caso di specie sulla base del principio di affidamento.

11.8. In ragione di quanto sopra non può quindi ritenersi che il vincolo di partecipazione possa espandersi nel silenzio della legge di gara (sia sull'an che sul quomodo dell'espansione).

11.9. Il motivo è quindi infondato.

12. Con il secondo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto infondata la censura contenuta nei motivi aggiunti, riguardante *“la mancata dichiarazione, da parte della -OMISSIS-, delle reiterate, gravissime violazioni agli obblighi di cui all'art. 30 comma 5 del d.lgs. 50/2016, debitamente accertate dall'Ispettorato del Lavoro di Avellino e di Foggia, riconducibili alla causa espulsiva ex art. 80 comma 5 lett. a) del medesimo decreto”*.

12.1. Il motivo è infondato.

12.2. Oggetto dell'asserita omessa dichiarazione sono i quattro verbali ispettivi contestati dall'Ispettorato territoriale del lavoro di Avellino alla società A quattro verbali ispettivi aventi ad oggetto violazioni amministrative in materia di diritto del lavoro "*commesse nel periodo compreso tra agosto 2014 a dicembre 2018*" e gli atti riguardanti un'ispezione svolta dall'Ispettorato territoriale del lavoro di Foggia, per "*presunte irregolarità nello svolgimento di un appalto di vigilanza presso l'ASL di Foggia/P.O. di San Severo e Cerignola inerenti le ore di lavoro del personale impiegato, nonché un ricorso eccessivo al lavoro straordinario*".

Rispetto a dette circostanze Consip ha valutato nel merito la violazione dell'art. 80 comma a lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016, ritenendola insussistente con provvedimento 28 ottobre 2022, impugnato con motivi aggiunti.

Il Giudice di primo grado ha ritenuto che le valutazioni espresse dalla stazione appaltante non siano irragionevoli e illogiche, se non quelle relative all'"*infrazione giuslavoristica di cui al secondo gruppo sopra indicato, e cioè quello della mancata fruizione delle ferie nella misura minima prevista per legge per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nei confronti dell'intero personale della sede di Avellino addetto alla sala conta (cfr. punto 4) del verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino*", provvedendo quindi ad accogliere in parte i motivi aggiunti e ad annullare *in parte qua* il provvedimento 28 ottobre 2022, con statuizione non impugnata e alla quale l'Amministrazione si è conformata con il provvedimento 24 ottobre 2023 di esclusione di società A.

10.2. Con riferimento al profilo di censura riguardante le condotte di asserita violazione dell'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016 (oggetto di detta pretesa omissione dichiarativa) che hanno superato il vaglio del giudice di primo grado e che trovano conferma nella presente pronuncia (come di seguito motivato) si osserva quanto segue.

Consip, oltre ad avere escluso la ricorrenza dell'illecito espulsivo consistente nelle gravi infrazioni giuslavoristiche, ha espletato il giudizio di rilevanza dell'asserita omessa informazione, giudizio che deve essere compiuto dalla

stazione appaltante al fine di ritenere sussistente la (diversa) causa escludente dell'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016).

Quanto sopra è sufficiente a respingere la censura con riferimento a detti profili.

L'Adunanza plenaria ha infatti *“chiarito come ai fini dell'esclusione di un concorrente dalla gara non è sufficiente che l'informazione sia stata omessa, ma che la stessa sia diretta e in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara”* e ha demandato alla stazione appaltante di stabilire, nel caso concreto, se l'operatore economico *“ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità”* (28 agosto 2020 n. 16).

Ne deriva che, nel compimento della relativa valutazione, la stazione appaltante *“non si può limitare a considerare il fatto in sé dell'omissione dichiarativa, dovendo prima valutare in concreto la "rilevanza" della circostanza omessa e poi effettuare, ove ritenuta rilevante, la propria valutazione discrezionale in ordine all'integrità o affidabilità dell'operatore responsabile della omessa dichiarazione, tenendo conto della gravità dei fatti omessi o non adeguatamente comunicati”* (Cons. St., sez. V, 21 giugno 2023 n. 6100).

A tal fine il provvedimento 28 ottobre 2022 riporta testualmente che le valutazioni in ordine alla ricorrenza del fatto asseritamente escludente sono funzionali a valutare la rilevanza della presunta omissione dichiarativa (*“Occorre, a questo punto, verificare se le summenzionate circostanze siano o meno rilevanti e se debbano essere oggetto di specifica valutazione da parte di questa Stazione Appaltante anche in applicazione dei principi espressi dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020”*).

Al fine di svolgere il giudizio di rilevanza dell'omessa informazione Consip ha quindi valutato la ricorrenza della causa escludente oggetto (in tesi) dell'omissione dichiarativa.

Così facendo ha fatto uso del margine di apprezzamento soggettivo riconosciuto nell'ambito dello scrutinio della ricorrenza dell'omissione dichiarativa di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, cioè l'aver *“omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

L'Adunanza plenaria parla, a tale proposito, di *“carattere discrezionale”* della valutazione, *“in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraentes»* (28 agosto 2020 n. 16), così descrivendo un sistema coerente con la causa di esclusione *“facoltativa”* prevista a livello sovranazionale, consistente nella commissione di gravi illeciti professionali, tali da mettere in dubbio l'integrità dell'operatore economico e da dimostrare con mezzi adeguati ai sensi dell'art. 57 par. 4 lett. c) della direttiva 2014/24/UE.

In particolare l'accertamento dei presupposti di applicazione della causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016 è espressione di discrezionalità tecnica (non amministrativa). Accertati infatti i presupposti *“le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto”* gli offerenti che integrano i presupposti di fattispecie.

Nondimeno la sussistenza degli elementi della fattispecie delineata dalla disposizione (l'omissione, l'obbligatorietà della dichiarazione, l'incidenza della condotta sul corretto svolgimento della procedura) è apprezzabile dalla stazione appaltante sulla base di conoscenze che non attribuiscono certezza all'accertamento svolto, essendo basate sulla valutazione di plurime circostanze, passibili di non univoca interpretazione e oggetto pertanto di un'attività connotata da discrezionalità tecnica.

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

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

In tale contesto non è censurabile che Consip abbia ancorato il giudizio di irrilevanza dell'omissione dichiarativa, e quindi di non incidenza della stessa sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, sulla (non) ricorrenza della causa di esclusione oggetto della pretesa omissione dichiarativa.

12.3. E ciò tanto più se si considerano la natura degli atti nel caso di specie non dichiarati.

12.4. Si anticipa che le seguenti considerazioni valgono a ritenere infondato anche il (secondo) profilo di censura, riguardante i fatti oggetto di valutazione nella parte del provvedimento 28 ottobre 2022 annullato dal Tar, con statuizione non impugnata e alla quale Consip si è conformata con provvedimento 24 ottobre 2023, di esclusione della società A ritenendo integrata la causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016.

12.5. I fatti (in tesi) non comunicati sono di due tipologie: i verbali dell'Ispettorato di Avellino contestati alla società A e gli atti dell'Ispettorato di Foggia, comunicati alla medesima società A.

I verbali dell'Ispettorato di Avellino sono stati contestati alla società A ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, con la funzione di avviare il procedimento avente lo scopo di accertare il fatto violativo e di irrogare la sanzione e di assicurare il contraddittorio e il diritto di difesa nell'ambito dell'esercizio della potestà punitiva dello Stato.

In base al procedimento delineato dalla legge n. 689 del 1981, l'autorità competente, dopo avere assicurato il contraddittorio, "*se ritiene fondato*

*l'accertamento*”, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione (art. 18 della legge n. 689 del 1981).

Non è quindi sufficiente la sola contestazione del verbale ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 per ritenere accertato il fatto, oltre che l'imputabilità, l'elemento soggettivo e la mancanza di cause di giustificazione di cui rispettivamente agli artt. 2, 3 e 4 della legge n. 689 del 1981.

E' piuttosto il procedimento che segue alla contestazione ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 a essere funzionale, nella garanzia del contraddittorio con le parti, a riscontrare la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione, oltre che a determinarne l'entità.

Non può invece ritenersi che l'avvio del procedimento presupponga un già compiuto accertamento.

Lo stesso art. 14 depone in tal senso.

L'oggetto della contestazione è infatti la violazione (comma 1) mentre il termine “accertamento” è utilizzato una sola volta, al fine di definire il *dies a quo* dal quale decorre il termine di novanta giorni entro il quale devono essere notificati gli estremi della violazione se non vengono contestati immediatamente (comma 2).

Il termine accertamento indica quindi il fatto, precedente alla contestazione dell'illecito, che onera l'Amministrazione di raccogliere e soppesare gli elementi che lo circostanziano, in modo da delinearne il contenuto concreto e da farne desumere la non manifesta infondatezza.

L'accertamento ha quindi ad oggetto l'istruzione dei dati e delle notizie necessari per ritenere il fatto circostanziato e così giustificare l'apertura di un procedimento che impegni le risorse pubbliche (giacché, in ossequio a quanto previsto dalla legge n. 241 del 1990, il fatto non è manifestamente infondato) e che assicuri nel contempo la possibilità al destinatario del potere afflittivo di esercitare un effettivo diritto di difesa su un fatto definitivo nei contorni fondamentali. E ciò è tanto più vero se si considera che l'attività precedente

alla contestazione può svolgersi anche davanti a un organo o a un soggetto pubblico diverso dall'autorità che procede alla contestazione dell'illecito ai sensi dell'art. 14 e che irroga la sanzione ai sensi dell'art. 18 (art. 13 della legge n. 689 del 1981), con la conseguenza che non può ammettersi che l'accertamento del fatto sia compiuto e completato da un soggetto che agisce al di fuori delle basilari regole procedimentali, benché svolga un'attività funzionale all'esercizio della potestà punitiva, rispetto alla quale emergono in modo evidenti le esigenze del contraddittorio in funzione difensiva (più che collaborativa).

La giurisprudenza ha infatti precisato che *“la preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo - idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la difesa dell'interessato - attengono ai principi del contraddittorio che è garantito dalla L. n. 689/1981 attraverso la prescrizione di una tempestiva contestazione”* (Cons. St., sez. VI, 2023 n. 1761), specificando che il *“principio di tempestività della contestazione”* è *“posto a tutela del diritto di difesa”* (Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2022 n. 8505).

Altrimenti, si deve ritenere che il contraddittorio viene limitato alla sola decisione del *quantum* della sanzione e non anche all'*an* della stessa e all'accertamento del fatto, così riservando a un procedimento di natura afflittiva un trattamento deteriore, in termini di prerogative difensive, di quello assicurato nell'ambito del procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, contravvenendo all'impostazione evidenziata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 15 del 2021. Con detta pronuncia la Corte ha infatti sottolineato come il procedimento sanzionatorio, riconducibile nel paradigma dell'*agere* della pubblica amministrazione, presenta *“profili di specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, rappresentando la potestà sanzionatoria – che vede l'amministrazione direttamente contrapposta all'amministrato – la reazione autoritativa alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, speciale e generale, e non lo svolgimento, da parte dell'autorità amministrativa,*

*di un servizio pubblico*” richiede un maggiore rispetto delle prerogative del privato destinatario dello stesso (12 luglio 2021, resa con riferimento al termine di conclusione del procedimento sanzionatorio).

La circostanza è evidente anche dalla giurisprudenza della Corte EDU che, nel ravvisare la necessità di suddividere e affidare a soggettività distinte lo svolgimento della fase istruttoria e della fase decisoria (nell’ambito di un rilievo relativo alle sanzioni aventi natura penale sulla base dei criteri Engel ma descrivendo il procedimento sanzionatorio), riferisce, in termini generali, la prima al momento successivo all’avvio del procedimento e la seconda al momento valutativo finale (CEDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia).

I verbali contestati dall’Ispettorato di Avellino non contengono quindi un compiuto accertamento del fatto violativo, che avviene dopo la contestazione. Ne deriva che non può richiedersi al destinatario di inviarli alla stazione appaltante in quanto (in tesi) contenti un’ipotesi di illecito di cui all’art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016, di cui la stessa parte non può ancora avere contezza, essendo solo stata edotta dell’avvio del procedimento.

L’Adunanza plenaria ha precisato proprio che *“in tanto una ricostruzione a posteriori degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell’operatore economico, di cui quest’ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni “a sorpresa” a carico dello stesso”* (28 agosto 2020 n. 16), laddove nel caso di specie non è comprovata detta consapevolezza, atteso lo stadio del procedimento sanzionatorio e la funzione dello stesso. Né la situazione può essere paragonata alla ricezione di atti dell’indagine penale che precedono la condanna in quanto, in quel caso, è la stessa disciplina di settore e la particolare connotazione di detta attività a giustificare l’obbligo informativo (peraltro non in termini assoluti), peraltro con riferimento ad alcuni reati individuati dal diritto positivo.

E se anche non si può escludere che il contenuto dello specifico verbale sia idoneo a supportare lo scrutinio di sussistenza dell'infrazione di cui all'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016 (come riconosciuto da Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2020 n. 8409), non può richiedersi al destinatario della contestazione di potersi prefigurare quale sarà l'esito della valutazione discrezionale della stazione appaltante in punto di ricorrenza della causa escludente e di decidere in autonomia in ordine all'obbligo di comunicazione della circostanza.

Anche la giurisprudenza più rigorosa, richiamata dall'Adunanza plenaria, ha ravvisato l'omissione dichiarativa in riferimento alle informazioni iscritte nel casellario informatico dell'Anac (Cons. St., sez. III, 3 aprile 2018 n. 2063 e 12 luglio 2018 n. 4266), comunque ritenendo non dovute le informazioni riguardanti casi non tipizzati (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2022 n. 166).

Né può ritenersi che l'obbligo dichiarativo circa la ricezione della contestazione del verbale dell'Ispettorato del lavoro sia declinato dal disciplinare della gara qui controversa. Quest'ultimo infatti prevede che *“nel DGUE devono essere dichiarate altresì tutte le fattispecie di cui all'art. 80 comma 5 del d.lgs. n.5 0/2016 e smi”* (par. 6), limitandosi quindi a recepire la normativa generale e non dettando disposizioni maggiormente incisive.

Quanto sopra vale a maggior ragione con riferimento alla (in tesi) omessa dichiarazione degli atti dell'Ispettorato di Foggia, che neppure hanno assunto la forma di verbali contestati ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, atteso che l'Ispettorato ha ritenuto di non potere avviare il procedimento sanzionatorio per la presenza di una disposizione di legge (art. 2 comma 3 del d. lgs. n. 66 del 2003, recante *“Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro”*), che rende inapplicabili al settore della vigilanza privata (*“le disposizioni del presente decreto non si applicano [...] agli addetti ai servizi di vigilanza privata”*) le disposizioni oggetto delle *“irregolarità”* riscontrate.

12.6. E tanto basta per respingere il motivo, aggiungendosi comunque che la Sezione ha già ritenuto in altra occasione che *“ogni questione in punto di omissione dell’obbligo dichiarativo [...] è superata in fatto dalla valutazione che la stazione appaltante, venuta a conoscenza aliunde della vicenda professionale, abbia compiuto sulla sua affidabilità ed integrità professionale?”* (Cons. St., sez. V, 30 giugno 2022 n. 5443).

13. Con ulteriore motivo l’appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto corretta la valutazione di irrilevanza della mancata dichiarazione delle penali contrattuali irrogate dall’Istituto Zooprofilattico ai danni di società A: il carattere episodico escluderebbe in radice la rilevanza dell’omessa dichiarazione.

13.1. Il motivo è contenuto nei motivi aggiunti al Tar e riguarda il provvedimento (di non esclusione di società A) 28 ottobre 2022, annullato dal Tar con statuizione non impugnata, alla quale l’Amministrazione si è conformata con il provvedimento 24 ottobre 2023 di esclusione di società A. L’Amministrazione, come si evince dal provvedimento 28 ottobre 2022, ha esaminato l’asserita sussistenza della causa escludente (in tesi) non dichiarata, ritenendola insussistente.

Con la doglianza in esame parte appellante ha censurato l’omessa dichiarazione, argomentando altresì in merito all’insussistenza della causa escludente (in tesi) non dichiarata, ritenendola insussistente.

13.2. La valutazione compiuta dall’Amministrazione sul punto resiste però alle censure.

La causa escludente di cui Consip ha accertato l’insussistenza è infatti quella disciplinata dall’art. 80 comma 5 lett. c-ter del d. lgs. n. 50 del 2016, che onera la stazione appaltante di apprezzare in concreto l’affidabilità del singolo operatore economico sulla base della considerazione del tempo trascorso e della valutazione di gravità del fatto rilevato. E ciò anche considerando la sentenza n. 16 del 2020 dell’Adunanza plenaria, che pone in risalto come *“E’ [...] indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le*

*altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte [dal] decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 – Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55]”.*

La stazione appaltante è quindi tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c-ter del d. lgs. n. 50 del 2016, senza alcun automatismo espulsivo. E senza che venga in rilievo, contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, la violazione dell’art. 30 comma 3 del d. lgs. n. 50 del 2016 e quindi la causa escludente di cui all’art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016 (“*la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all’articolo 30, comma 3 del presente codice*”): nel caso di specie parte appellante non ha apportato elementi sufficienti per ritenere integrati i presupposti non solo della sussistenza della causa escludente di cui alla lett. a del comma 5 ma anche per l’attivazione del potere di valutazione della gravità in concreto dei fatti astrattamente ascrivibili a quella fattispecie espulsiva. Invero il solo riferimento al fatto che le penali sarebbero state irrogate “a causa di alcune criticità derivanti dall’omessa articolazione dei turni di lavoro e alcune difformità nell’esecuzione delle prestazioni contrattuali” non è sufficiente per ritenere che si tratti di fatti che rientrano nell’ambito di applicazione dell’allegato X del d. lgs. n. 50 del 2016, così come richiamato dall’art. 30 comma 3, che fa comunque riferimento a aspetti del rapporto di lavoro che coinvolgono i diritti fondamentali delle persone.

Nel caso di specie il fatto da valutare consiste nelle penali irrogate, nel corso del 2019, dall’Istituto zooprofilattico sperimentale della Puglia e della Basilicata, dal valore rispettivamente di euro 53.986,52 e 18.777,92 “*a causa di alcune criticità derivanti dall’omessa articolazione dei turni di lavoro e alcune difformità nell’esecuzione delle prestazioni contrattuali*”. Successivamente, con delibera n. 312

del 2021 l'Ente ha ridotto l'importo delle penali irrogate fino a euro 12.440,41, *“di poco superiore all'1% del valore del contratto pari ad euro 912.818,67”*. Consip ha ritenuto detto fatto *“un episodio isolato e di modesta rilevanza”*, rilevando che l'ammontare complessivo delle penali irrogate è stato ridotto e risulta di modico valore (poco oltre l'1% del valore del contratto), che la riduzione *“è dipesa dal fatto che la società ha risolto le criticità emerse”*, che dalla delibera si evince che *“il servizio della vigilanza, così come quello del piantonamento, sono stati fin qui espletati senza dar luogo a disservizi di sorta”*, che l'irrogazione della penale non ha comportato la risoluzione del contratto per inadempimento e che anzi l'Amministrazione ha prorogato due volte il contratto.

La motivazione si fonda su presupposti che giustificano la valutazione amministrativa (riduzione delle penali, modico valore delle stesse, argomentata in ragione del superamento dell'1% per un valore modico, superamento delle criticità, mancanza di disservizi e mancata risoluzione del contratto) ed è articolata in plurime considerazioni che convergono, complessivamente considerate, a giustificare la determinazione conclusiva sulla base di un percorso logico razionale.

Così facendo Consip, oltre ad avere escluso la ricorrenza dell'illecito espulsivo consistente in precedenti inadempimenti contrattuali (art. 80 comma 5 lett. c-ter del d. lgs. n. 50 del 2016), ha espletato il giudizio di rilevanza dell'asserita omessa informazione.

Detto ultimo giudizio è compiuto, così come sopra argomentato (richiamando anche il passo della nota 28 ottobre 2022 che si riferisce alla valutazione di rilevanza, o meno, della circostanza non comunicata), dalla stazione appaltante. Essa, facendo uso del margine di apprezzamento soggettivo riconosciute dall'art. 80 comma 5 lett. c-bis del d. lgs. n. 50 del 2016, connotato dal *“carattere discrezionale”* della valutazione, *“in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente»”* (Ad. plen., 28 agosto 2020 n. 16), ha così ritenuto insussistente la (diversa) causa escludente dell'omissione di informazioni (art. 80 comma 5

lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016) per mancata rilevanza della notizia non comunicata.

Ne deriva che neppure risulta addebitabile a parte appellata la censura di omessa dichiarazione delle circostanze sopra richiamate, intercorse nell'ambito del rapporto con l'Istituto Zooprofilattico. E ciò senza necessità di considerare la giurisprudenza per cui *“ogni questione in punto di omissione dell'obbligo dichiarativo ... è superata in fatto dalla valutazione che la stazione appaltante, venuta a conoscenza aliunde della vicenda professionale, abbia compiuto sulla sua affidabilità ed integrità professionale”* (Cons. St., Sez. V, n. 5443/2022).

13.3. Il motivo è quindi infondato.

14. Con ulteriore motivo l'appellante ha dedotto che il Tar non si è pronunciato in relazione alla doglianza incentrata sulla mancata dichiarazione dei provvedimenti adottati dal Prefetto di Avellino.

14.1. Il motivo è infondato.

14.2. La censura è contenuta nei motivi aggiunti al Tar e riguarda il provvedimento (di non esclusione della società A) 28 ottobre 2022, annullato dal Tar con statuizione non impugnata, alla quale l'Amministrazione si è conformata con il provvedimento 24 ottobre 2023 di esclusione di società A. L'Amministrazione, come si evince dal provvedimento 28 ottobre 2022, ha esaminato l'asserita sussistenza della causa escludente (in tesi) non dichiarata, ritenendola insussistente.

Con la doglianza in esame parte appellante ha censurato l'omessa dichiarazione, argomentando altresì in merito all'insussistenza della causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016, oggetto dell'asserita omissione.

La valutazione compiuta dall'Amministrazione sul punto resiste però alle censure.

La causa escludente di cui Consip ha accertato l'insussistenza è infatti quella disciplinata dall'art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016 (*“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi*

*illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*), connotata da discrezionalità tecnica (con le conseguenze sopra riferite).

Nel caso di specie è valutato il fatto che il Prefetto di Avellino ha adottato nei confronti della società A tre provvedimenti sanzionatori (n. -OMISSIS-/P.A. del 14 novembre 2019, n. -OMISSIS-/P.A. del 4 settembre 2019 e n. -OMISSIS-/P.A. del 30 novembre 2021) per, rispettivamente, carenza di radio ricetrasmittente con riferimento a dodici guardie giurate e di tre giubbotti antiproiettile, per mancata segnalazione del trasferimento di una sede operativa secondaria nell’ambito territoriale riguardante la provincia di Lecce e per mancata consegna ad ogni guardia giurata impiegata nella provincia di Brindisi di una copia del Libro unico del lavoro in allegato alla busta paga, con l’indicazione per ogni dipendente di un calendario delle presenze.

Consip ha riferito, al riguardo, le argomentazioni difensive della società A, che ha osservato come le carenze delle radio ricetrasmittenti è stata supplita dalla fornitura di strumentazione alternativa (cellulari GSM aziendali), considerate anche le difficoltà delle comunicazioni radio dovute alla conformazione orografica del territorio, come la carenza di giubbotti antiproiettile ha riguardato solo tre guardie giurate, le quali avrebbero ammesso come tale carenza fosse addebitabile alla loro esclusiva responsabilità, come l’onere relativo alla variazione della sede secondaria è solo dichiarativo e come non sussista alcun obbligo di allegare una copia del Libro Unico del Lavoro alla busta.

Consip ha infine chiosato come i fatti contestati alla società A non abbiano impedito di svolgere correttamente il servizio di vigilanza, atteso che *“non risultano risoluzioni contrattuali e/o penali applicate”*, con ciò svolgendo una osservazione in fatto che risulta particolarmente rilevante rispetto alla valutazione circa la ricorrenza del grave illecito professionale, osservando altresì come i fatti contestati siano *sub iudice* e che *“in nessun caso il Prefetto di Avellino ha revocato la licenza alla società -OMISSIS- avendo erogato solo una sanzione pecuniaria consistente nell’incameramento di parte della cauzione”*.

Detti presupposti esplicitano il percorso logico e giuridico che supporta la decisione di non esclusione, fondato su plurime considerazioni (mancanza di risoluzioni e penali, mancata revoca della licenza e fronte della pendenza di giudizio sui fatti contestati).

Dette considerazioni integrano la valutazione, connotata da discrezionalità tecnica (con le caratteristiche sopra illustrate), di cui all'art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016, che richiede una motivazione rafforzata in caso di esclusione (Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2022 n. 489). E ciò a maggior ragione se si considera che è l'Amministrazione, in positivo, che è tenuta a dimostrare le ragioni che rendono inaffidabile l'operatore economico resosi protagonista di precedenti illeciti professionali (*“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*), non operando alcun automatismo espulsivo, neppure nel caso in cui non sia resa la motivazione opposta, tendente a evidenziare la non incidenza della precedente condotta sull'affidabilità del concorrente.

Così facendo Consip, oltre ad avere escluso la ricorrenza dell'illecito espulsivo consistente nei gravi illeciti professionali (art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016), ha espletato, nei termini già illustrati sopra, il giudizio di (non) rilevanza dell'asserita omessa informazione.

E ciò senza che risulti particolarmente rilevante l'affermazione (perplessa) circa il fatto che *“non sembrerebbe sussistere in capo alla società -OMISSIS-, un chiaro onere dichiarativo”* *“in quanto non è chiaro se le suddette fattispecie possono essere ricondotte alle casistiche indicate nella Linee Guida Anac n. 6. Né risultano precedenti giurisprudenziali in tal senso”*. La mancanza di un'omissione dichiarativa avente portata escludente è motivata infatti in ragione dell'irrilevanza del fatto omesso, così non approfondendo la sussistenza dell'obbligo nel caso di specie. Ne deriva che neppure risulta addebitabile a parte appellata la censura di omessa dichiarazione delle circostanze sopra richiamate. E ciò senza necessità di considerare la giurisprudenza per cui *“ogni questione in punto di omissione*

*dell'obbligo dichiarativo ... è superata in fatto dalla valutazione che la stazione appaltante, venuta a conoscenza aliunde della vicenda professionale, abbia compiuto sulla sua affidabilità ed integrità professionale” (Cons. St., sez. V, 30 giugno 2022 n. 5443).*

15. Con ulteriore motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha esaminato le censure, contenute nei motivi aggiunti, con le quali l'odierna appellante ha contestato il giudizio di irrilevanza delle infrazioni accertate dall'Ispettorato del Lavoro di Avellino e di Foggia.

15.1. Si premette che la censura, benché intitolata all'”*irrilevanza delle gravi infrazioni accertate dall'Ispettorato del Lavoro di Avellino e di Foggia*”, e contenendo quindi un richiamo al vaglio richiesto dall'Adunanza plenaria, con sentenza n. 16 del 2020, per scrutinare le violazioni degli obblighi dichiarativi, è rivolta a censurare la valutazione di insussistenza della causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016 (non contenendo valutazioni riguardanti l'omissione dichiarativa, oggetto di un motivo di appello già scrutinato) e quindi in tal senso viene scrutinata.

15.2. Fatta detta premessa il motivo è infondato.

15.3. Il Tar ha suddiviso le infrazioni giuslavoristiche in cinque gruppi e ha esaminato le motivazioni addotte da Consip a suffragio del giudizio di irrilevanza in relazione a ciascun gruppo.

All'esito, il Giudice di primo grado ha ritenuto che le valutazioni espresse dalla stazione appaltante non siano irragionevoli e illogiche, se non quelle relative all'”*infrazione giuslavoristica di cui al secondo gruppo sopra indicato, e cioè quello della mancata fruizione delle ferie nella misura minima prevista per legge per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nei confronti dell'intero personale della sede di Avellino addetto alla sala conta (cfr. punto 4) del verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino*”, provvedendo quindi ad annullare *in parte qua* il provvedimento 28 ottobre 2022, con statuizione non impugnata e alla quale l'Amministrazione si è conformata con il provvedimento 24 ottobre 2023 di esclusione di società A.

15.4. Si scrutinano pertanto le asserite infrazioni comprese nei rimanenti quattro gruppi (oggetto del presente motivo di appello).

Le infrazioni per le quali il giudizio di non gravità ed irrilevanza è stato ritenuto non manifestamente illogico sono le seguenti: “a) *primo gruppo – inadempimenti meramente formali/amministrativi consistenti nell’infedele registrazione nel LUL (Libro Unico del Lavoro) delle ore di lavoro effettivamente prestate dal personale della sede di Avellino nei mesi di gennaio/febbraio/marzo 2017 (e per un singolo lavoratore anche nei mesi di luglio e agosto 2014), nonché nell’omesso invio al Centro per l’impiego delle comunicazioni di cessazione del rapporto di lavoro di n. 3 dipendenti della sede di Avellino (cfr. punti 1), 2) e 3) del verbale dell’Ispettorato del Lavoro di Avellino); c) terzo gruppo – omesso e/o ritardato pagamento delle indennità di malattia e degli assegni per il nucleo familiare nei confronti di n. 11 dipendenti della sede di Avellino, con contestuale percezione in forma di conguagli contributivi (da parte dell’INPS) delle risorse pubbliche necessarie a finanziare le suddette indennità/assegni, così realizzando peraltro una forma di indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato (cfr. punti nn. 5), 6), 7) e 8) del verbale dell’Ispettorato del Lavoro di Avellino); d) quarto gruppo – mancato pagamento di alcune spettanze retributive (ad. Es. mensilità correnti, residui ferie/ROL, ratei tredicesima, ratei TFR) circoscritte però a singoli mesi e nei confronti di soli 18 lavoratori della sede di Avellino, la maggior parte dei quali ha ottenuto il pagamento delle spettanze dovute soltanto a seguito di diffide accertative e/o iniziative giudiziarie innanzi al Giudice del Lavoro; e) quinto gruppo – esecuzione nell’anno 2021 di un numero di ore di lavoro straordinario in misura eccedente rispetto al tetto annuo fissato dalla contrattazione collettiva applicabile nei confronti del personale addetto a mansioni di guardia giurata armata presso le sedi di San Severo e Cerignola (cfr. verbale dell’Ispettorato del Lavoro di Foggia)”.*

La causa escludente di cui Consip ha accertato l’insussistenza è quella disciplinata dall’art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016, che onera la stazione appaltante di valutare la gravità dell’infrazione debitamente accertata alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all’articolo 30, comma 3 del presente codice.

Rispetto ai verbali dell’Ispettorato territoriale del lavoro di Avellino oggetto di scrutinio è il fatto che l’Ispettorato territoriale del lavoro di Avellino ha

notificato alla società A quattro verbali ispettivi aventi ad oggetto violazioni amministrative in materia di diritto del lavoro ai sensi della legge n. 689 del 1981, *“commesse nel periodo compreso tra agosto 2014 a dicembre 2018. Nel dettaglio, le violazioni riscontrate sono:*

*1 e 2) infedeli registrazioni nel libro unico del lavoro di dati relativi ai lavoratori che avrebbero determinato differenti trattamenti retributivi, previdenziali o fiscali (riferite a soggetti diversi);*

*3) omessa comunicazione al centro per l'impiego della comunicazione obbligatoria di cessazione dei rapporti di lavoro;*

*4) omessa fruizione delle ferie nella misura minima prevista dalla legge;*

*5) indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato;*

*6 e 7) omessa corresponsione di somme a titolo di malattia ai lavoratori (riferite a soggetti diversi); 8) omessa corresponsione degli ANF (assegni familiari)”* (così dal provvedimento 28 ottobre 2022).

Consip ha ritenuto che *“non emergano elementi tali da consentire di affermare che i fatti sopra descritti configurino gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ex art. 80, comma 5, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016”*. E ciò in ragione di plurime considerazioni relative al fatto che molte delle contestazioni sono state sanate o regolarizzate prima della presentazione dell'offerta, che *“tutti i verbali ispettivi si riferiscano alle medesime fattispecie ed agli stessi lavoratori, in numero esiguo rispetto al totale dei dipendenti della società”*, che i casi di omessa corresponsione degli assegni familiari e delle somme a titolo di malattia sarebbero da qualificare come ritardi nella corresponsione e non come omissioni (*“come confermato nel decreto di archiviazione disposto dal GIP del Tribunale di Avellino in data 14/05/2021”*), che le infrazioni ritenute più gravi non hanno comportato una perdita del diritto dei lavoratori, ma una sanzione per la società A e che *“ad oggi non risulta ancora emessa alcuna ordinanza-ingiunzione, ex art. 18 legge 689/81 o l'archiviazione del procedimento, nei confronti della società”* (Consip ha precisato di avere assunto dette informazioni dalle osservazioni della società A).

Rispetto agli atti dell'Ispettorato territoriale del lavoro di Foggia, oggetto di scrutinio è un'ispezione per *“presunte irregolarità nello svolgimento di un appalto di vigilanza presso l'ASL di Foggia/P.O. di San Severo e Cerignola inerenti le ore di lavoro del personale impiegato, nonché un ricorso eccessivo al lavoro straordinario”*. In particolare, negli atti si legge che la società A faceva *“ricorso sistematicamente a turnazioni giornaliere di 12 ore al giorno, in particolar modo nei confronti del personale dipendente impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato”* e che *“la quasi totalità dei lavoratori interessati dal presente accertamento ispettivo hanno svolto, nel 2021, una quantità di lavoro straordinario spropositata e pertanto del tutto in contrasto con quanto sancito dall'articolo 71 lettera b del CCNL di categoria”*. Si legge altresì che per le suddette condotte *“quest'Ufficio non può adottare i provvedimenti sanzionatori in materia di orario di lavoro, in forza di quanto previsto dalla legge n. 133/2008 che stabilisce la non applicabilità delle disposizioni e delle sanzioni previste dal decreto n. 66/2003 agli addetti dei servizi di vigilanza privata”*, sicché *“i funzionari non hanno adottato alcun verbale di contestazione nei confronti della società”* (così dal provvedimento 28 ottobre 2022).

Consip ha ritenuto che *“non emergano elementi tali da consentire di affermare che i fatti sopra descritti configurino gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ex art. 80, comma 5, lett. a), del D.Lgs. n. 50/2016”*. E ciò in ragione di plurime considerazioni relative al fatto che non è stato adottato alcun verbale ispettivo, non dovendo essere adottato, e che le irregolarità riscontrate sembrano circoscritte al periodo della pandemia e alle richieste (risultanti agli atti, secondo quanto affermato da Consip) che in quella fase avanzava.

Le motivazioni di entrambi i fatti, quelli afferenti all'Ispettorato di Avellino e quelli Afferenti all'Ispettorato di Foggia, si fondano su plurimi presupposti che convergono a giustificare la valutazione amministrativa e sono articolati in plurime considerazioni che convergono a giustificare la determinazione conclusiva sulla base di un percorso logico giuridico razionale. E ciò anche in ragione del fatto che l'accertamento dei presupposti di applicazione della

causa escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016 è espressione di discrezionalità tecnica, con le conseguenze sopra illustrate.

Nell'ambito della valutazione compiuta da Consip, avente i suddetti connotati, risultano di particolare rilievo, a suffragio di quanto dalla stessa deciso le condotte adempitive poste in essere prima del termine del procedimento sanzionatorio, che possono, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 689 del 1981, rilevare in termini di *“opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione”*, così potendosi riverberare sul provvedimento *adottando* e rendendo evidente come il verbale contestato ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 non solo non contiene una valutazione di gravità dell'infrazione (richiesta invece dall'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016 al fine di supportare la portata espulsiva della stessa) ma neppure necessariamente presenta i presupposti delle *“gravi infrazioni debitamente accertate”* (su cui *infra*). A ciò si aggiunge che l'istituto del *self cleaning*, nei termini evidenziati, già nel vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, dalla Corte di giustizia (*“qualora concluda che sussiste un motivo di esclusione derivante da tale cessazione o che vi sia dissimulazione di informazioni relative a tale cessazione, deve nondimeno dare agli operatori interessati la possibilità di fornire la prova dei provvedimenti di ravvedimento operoso adottati”*), così CGUE, sez. IV, 14 gennaio 2021, C387/19), impone all'Amministrazione di apprezzare i comportamenti tenuti dall'offerente al fine di rimediare alla perdita di un requisito di partecipazione e che, nella specie, detto comportamento è stato posto in essere prima di conoscere l'effetto escludente della contestazione ricevuta.

E ciò senza tacere che i fatti oggetto dei verbali *de quo* sono stati contestati ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, così determinando l'avvio del procedimento sanzionatorio, con le conseguenze sopra illustrate.

Se da quanto sopra deriva che non necessariamente il verbale contestato ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 contiene un accertamento idoneo a supportare una valutazione di sussistenza di *“gravi infrazioni debitamente accertate”*, non si può escludere che il contenuto dello specifico verbale non sia

idoneo a supportare una tale valutazione, sia in punto di debito accertamento, sia in punto di gravità (come riconosciuto da Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2020 n. 8409).

Nondimeno nel caso di specie Consip non si è limitata ad affermare che i verbali dell'Ispettorato non consentono di ritenere le infrazioni debitamente accertate, avendo provveduto comunque a valutarle nel merito. Sicché le osservazioni svolte sul punto da parte appellante non sono conducenti.

Si osserva peraltro, che considerata la funzione della contestazione di cui all'art. 14 della legge n. 689 del 1981, di avvio del procedimento sanzionatorio, non risulta incongrua la valutazione delle tesi difensive dalla società destinataria di dette contestazioni, atteso appunto che le stesse sono oggetto della successiva attività valutativa, in contraddittorio, tipica del procedimento sanzionatorio, non ancora svolto nel caso di specie.

Con riferimento all'attività compiuta dall'Ispettorato di Foggia non può sottacersi la rilevanza della già richiamata disposizione di legge (art. 2 comma 3 del d. lgs. n. 66 del 2003, recante "*Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*"), che rende inapplicabili al settore della vigilanza privata ("*le disposizioni del presente decreto non si applicano [...] agli addetti ai servizi di vigilanza privata*") le disposizioni oggetto delle "irregolarità" riscontrate, e che ha quindi impedito all'Ispettorato di contestare i fatti ispezionati, così da rendere quanto meno non gravi, sempre che si possano ritenere sussistenti, le asserite infrazioni esaminate, secondo quanto deciso dallo stesso legislatore.

Così facendo Consip ha motivato la mancata ricorrenza dell'illecito espulsivo di cui all'art. 80 comma 5 lett. a del d. lgs. n. 50 del 2016, senza che possa ravvisarsi la presenza dei vizi tipici delle valutazioni rimesse all'apprezzamento della stazione appaltante. E tanto basta per respingere il motivo, potendo prescindere dalla giurisprudenza per cui "*ogni questione in punto di omissione dell'obbligo dichiarativo ... è superata in fatto dalla valutazione che la stazione appaltante,*

*venuta a conoscenza aliunde della vicenda professionale, abbia compiuto sulla sua affidabilità ed integrità professionale” (Cons. St., sez. V, 30 giugno 2022 n. 5443).*

16. Con ulteriore motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar non ha censurato il giudizio di irrilevanza, espresso da Consip, della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante Napoli Holding in danno della società A, nonché delle altre condotte richiamate sul punto.

16.1. La censura è rivolta avverso il contenuto della nota 9 maggio 2022 n. 297, impugnata con il ricorso introduttivo, ritenuto improcedibile dal Tar in quanto *“per sopravvenuta carenza di interesse ad agire, atteso che essa è diretta a lamentare l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante di specifici illeciti professionali poi successivamente valutati da Consip – dopo la notifica del ricorso introduttivo – all'esito di un successivo procedimento sfociato nel provvedimento del 28 ottobre 2022 (provvedimento tempestivamente impugnato con motivi aggiunti, sui quali ci si soffermerà più avanti)”*.

Il fatto è stato poi riesaminato con nota 18 ottobre 2022, impugnata con i motivi aggiunti con motivo ritenuto infondato dal Tar.

L'appellante, senza contestare la statuizione di improcedibilità, ha articolato il motivo di appello in relazione alla nota 9 maggio 2022 n. 297 e alle censure articolate avverso di esso con il secondo mezzo del ricorso introduttivo (più volte richiamato), richiamando però la decisione del Tar sulla doglianza contenuta nei motivi aggiunti avverso la nota 28 ottobre 2022, richiamata una sola volta nella parte finale dell'argomentazione.

Il motivo è quindi articolato in modo da rendere oltremodo difficoltosa la comprensione del percorso logico giuridico e gli specifici motivi di censura della sentenza gravata.

16.2. Pertanto esso si configura innanzitutto come inammissibile.

16.3. Nondimeno il mezzo, se riqualificato nel senso di ritenerlo indirizzato avverso la nota 28 ottobre 2022 (che richiama la nota 9 maggio 2022) in

quanto rivolto a criticare il capo della sentenza che riguarda detto provvedimento, è, nei limiti in cui ciò è possibile, altresì infondato.

16.4. La valutazione compiuta dall'Amministrazione sul punto resiste infatti alle censure.

La doglianza riguarda la risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante Napoli Holding in danno della società A.

Con il provvedimento 28 ottobre 2022 Consip ha esaminato due pregresse esclusioni disposte dall'Azienda ospedaliera Santobono Pausillipon (rispettivamente nel 2018 e nel 2019) al fine di valutare la ricorrenza delle fattispecie escludenti di cui all'art. 80 comma 5 lett. c, c-*bis* e c-*ter* del d. lgs. n. 50 del 2016.

Il riferimento è alla nota n. 20425 del 27 dicembre 2018, con la quale l'Azienda ospedaliera ha escluso la società A dalla gara sotto soglia per l'esecuzione del servizio di vigilanza privata armata e per il servizio di prelievo, trasporto valori e versamento ticket incassati dal cup del P.O. Annunziata presso l'istituto bancario di riferimento. La vicenda trae origine *“dall'omessa dichiarazione, ex art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis), del Codice di una esclusione disposta dall'ASL Taranto a sua volta originata dall'omessa dichiarazione di due risoluzioni contrattuali disposte dall'EAV (Circumvesuviana srl) e Napoli Holding S.p.A.”*.

Successivamente, la stazione appaltante ha indetto una nuova procedura avente ad oggetto le medesime prestazioni e ha escluso, con delibera n. 5837 del 27 marzo 2019, la società A, *“sia per le ragioni esposte nel provvedimento di esclusione del 2018 e già vagliate dal TAR Campania sia per carenze nell'esecuzione del servizio”* (mancato versamento di somme relative ai ticket sanitari ritirati da società A, ritardo nel regolarizzare l'accredito in favore dell'AORN e ritardo nell'installazione di un impianto di videosorveglianza).

Descritto il fatto oggetto di valutazione, Consip ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale, ai fini della causa escludente dell'omissione dichiarativa (art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del

2016), non rileva il provvedimento escludente ma i fatti che hanno portato la stazione appaltante all'esclusione (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2022 n. 166). Rispetto al suddetto fatto, valutato da Consip, la censura si articola principalmente avverso la risoluzione avvenuta nell'ambito del rapporto contrattuale intercorso con Napoli Holding s.p.a. e riguarda il solo profilo dell'illecito professionale (art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016). Non risulta in particolare richiamata ed esaminata la valutazione, svolta dalla stazione appaltante, relativa ad un'eventuale omissione dichiarativa (art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016), comunque non sussistente in quanto la società A ha dichiarato le risoluzioni di cui sopra (oggetto dei provvedimenti escludenti) nel DGUE, così non ponendosi un problema di violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c-*bis* del d. lgs. n. 50 del 2016, atteso che non sono oggetto di obbligo dichiarativo i provvedimenti escludenti ma i fatti che ne sono alla base (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2022 n. 166 e 3 settembre 2021 n. 6212).

Quanto poi alla valutazione delle risoluzioni richiamate nei suddetti provvedimenti escludenti, e in particolare alla risoluzione del rapporto con Napoli Holding s.p.a., oggetto di censura, Consip rinvia alle considerazioni svolte nel provvedimento n. 297 del 2022.

In detto provvedimento si riferisce della risoluzione avvenuta il 20 dicembre 2013, della citazione di controparte da parte della stazione appaltante davanti al Tribunale civile di Napoli, della pendenza del giudizio, della stipulazione dell'accordo transattivo (nel quale si dà atto che la società A ha restituito la somma di euro 253.583,40, dovendo ancora corrispondere la somma di euro 30.842,12 a titolo di penale e risarcimento danni) e del fatto che la società A ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di Avellino (n. R.G. 3692/2015) con cui ha chiesto l'accertamento dell'inesistenza di risoluzione contrattuale in considerazione del fatto che la risoluzione contrattuale era stata adottata da altra amministrazione (ANM – Azienda Napoletana Mobilità), cessionaria del

ramo di azienda della Napoli Holding, che il giudizio è stato riassunto davanti al Tribunale di Avellino era pendente.

In ragione di ciò Consip ha ritenuto non integrata la fattispecie escludente di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-ter del d. lgs. n. 50 del 2016, in base al quale è escluso l'operatore economico che *“abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili?”*, sulle quali circostanze la stazione appaltante *“motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”*.

La decisione risulta motivata in base a plurime circostanze.

Consip ha infatti, con la nota n. 297 del 2022, richiamata dal provvedimento 28 ottobre 2022, argomentato in ordine alla tempistica della risoluzione, avvenuta nel 2013, quindi risalente, e alla pendenza del contenzioso, di per sé non impeditivo della valutazione in termini escludenti della risoluzione, ma comunque valutabile nell'esercizio della discrezionalità tecnica, circostanza poi rivelatasi fondata in ragione della sentenza resa dal Tribunale di Avellino n. 1221/2023, pubblicata il 31 luglio 2023 e richiamata dall'appellata (*“va escluso che il contratto sia stato risolto per grave inadempimento di -OMISSIS- S.p.A. Il contratto si è evidentemente risolto per c.d. mutuo consenso-dissenso, per effetto della rinuncia di entrambe le parti al vincolo contrattuale e/o ad una pronuncia giudiziale (mai richiesta da Napoli Holding) sul fatto che l'inadempimento di -OMISSIS- presentasse i requisiti di gravità, colpevolezza, importanza prescritti dagli artt. 1453 -1455 c.c.”*).

Inoltre la stazione appaltante ha dato conto dell'accordo transattivo e delle restituzioni effettuate (*“rimanendo da pagare soltanto il minor importo (previsto dall'accordo transattivo) di euro 30.842,12 a titolo di penale e risarcimento dei danni”*, così dalla sentenza appellata), con considerazione che attiene ai rimedi apprestati per superare la condotta escludente in un'ottica di *self cleaning*, così come richiesto, già nel vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, dalla Corte di giustizia (sez. IV, 14 gennaio 2021, C387/19, nei termini sopra richiamati).

Dette considerazioni integrano la valutazione, connotata da discrezionalità tecnica (con le caratteristiche sopra illustrate), di cui all'art. 80 comma 5 lett. c-ter del d. lgs. n. 50 del 2016, e caratterizzante anche lo scrutinio di sussistenza del grave illecito professionale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c del d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto il primo rappresenta una modalità qualificata di realizzazione dell'illecito professionale, che richiede una motivazione rafforzata in caso di esclusione (Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2022 n. 489).

E ciò a maggior ragione se si considera che, come già detto, è l'Amministrazione, in positivo, che è tenuta a dimostrare le ragioni che rendono inaffidabile l'operatore economico resosi protagonista di precedenti illeciti professionali (*“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*), non operando alcun automatismo espulsivo, neppure nel caso in cui non sia resa la motivazione opposta, tendente a evidenziare la non incidenza della precedente condotta sull'affidabilità del concorrente.

Né depone in senso contrario la questione dell'asserita reiterazione, fondata sulla considerazione in base alla quale *“l'indebito trattenimento di denaro pubblico non costituisce un fatto isolato (comunque rilevante) ma è stato accertato anche dall'Azienda Ospedaliera Santobono Pausillipon (come ricostruito da Consip a pag. 10 del provvedimento del 28 ottobre 2022) che ha riscontrato il mancato versamento delle somme relative ai ticket sanitari ritirati da -OMISSIS- nonché – come già rilevato – dall'Ispettorato del Lavoro di Avellino”*.

Innanzitutto la reiterazione questione è posta ritenendo che il primo evento di *“trattenimento di denaro pubblico”* abbia riguardato il rapporto contrattuale intercorso con Napoli Holding s.p.a., che ha avuto l'esito sopra richiamato e il cui contenzioso era comunque pendente all'epoca della nota, non potendo quindi attribuire certezza in ordine alla debenza della somma.

In secondo luogo in merito al mancato versamento delle somme relative ai ticket sanitari ritirati (il secondo episodio della suddetta reiterazione), non è comprovato se si tratti di ritardo o di mancato versamento e comunque la

questione risulta superata dall'attestazione di regolare esecuzione effettuata dall'Amministrazione.

16.5. Tanto basta per ritenere adeguatamente motivato sul punto il provvedimento impugnato, considerato anche il tenore del motivo di appello in esame, rivolto essenzialmente a sindacare la risoluzione posta in essere da Napoli Holding s.p.a.

17. In ragione di quanto sopra deve essere respinto l'appello nella parte in cui ha censurato la sentenza impugnata per non avere accolto la domanda demolitoria presentata in primo grado. Ciò esime il Collegio dal valutare la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato, di subentro e di risarcimento in forma specifica.

21. In conclusione l'appello deve essere respinto.

La complessità del procedimento controverso e la particolarità e la novità delle questioni sottese al presente giudizio giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Vista la richiesta di -OMISSIS-. e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, 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 a identificare la parte interessata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Sara Raffaella Molinaro**

**IL PRESIDENTE**

**Rosanna De Nictolis**

**IL SEGRETARIO**

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