



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 8643 del 2021, proposto da  
-OMISSIS1-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri  
di Giustizia;

*contro*

Sport e Salute s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e  
difesa dall'avvocato Mario Sanino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli n. 180;

*nei confronti*

Lga Service Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Alessio Tuccini, Andrea Accardo, Claudia  
Simonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comitato Olimpico Nazionale Italiano – C.O.N.I., Presidenza del Consiglio dei  
Ministri, Ministero per le Politiche Giovanili e lo Sport, non costituiti in giudizio;

Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro  
tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex  
lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione prima ter) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di pulizia presso gli uffici dello Stadio Olimpico di Roma.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sport e Salute s.p.a., Lga Service Società Cooperativa e Anac;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2022 il Cons. Massimo Santini e preso atto della richiesta di passaggio in decisione delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Si controverte su un appalto di servizi per la pulizia dello Stadio Olimpico di Roma per la durata di 7 mesi. L'originario aggiudicatario veniva poi escluso in quanto il legale rappresentante (presidente del CdA e socio unico assieme al fratello) era stato nel frattempo raggiunto da ordinanza di custodia cautelare nell'ambito di una inchiesta di corruzione per altri appalti pubblici della stessa tipologia. L'esclusione veniva dunque disposta ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c), ossia per gravi illeciti professionali. Si provvedeva di conseguenza ad adottare una nuova aggiudicazione in favore di LGA Service, ossia la seconda classificata.

2. Il TAR Lazio ha rigettato il ricorso sulla base del seguente ragionamento:

2.1. Le misure di self-cleaning e di dissociazione adottate a seguito della condanna sono intervenute soltanto successivamente alla presentazione dell'offerta della gara in questione;

2.2. Il fatto che la custodia cautelare sia stata disposta per fatti che riguardavano la diversa società "-OMISSIS2-" non ha rilievo data la "contiguità e commistione nella gestione delle due società" (ossia -OMISSIS1- e "-OMISSIS2-", di cui lo stesso soggetto risulta pure socio);

2.3. Non è possibile distinguere concettualmente il soggetto che ha commesso il reato dall'impresa da quest'ultimo gestita. Dunque i reati eventualmente commessi dal primo si riflettono anche sull'affidabilità della seconda, e tanto per il principio della "immedesimazione organica";

2.4. Il fatto che la stessa società si sia prontamente attivata onde rimuovere il soggetto raggiunto da ordinanza, contrariamente a quanto affermerebbe la stazione appaltante circa l'atteggiamento "attendista" della società stessa, non costituisce elemento dirimente, ai fini di cui si controverte, e ciò dal momento che il provvedimento di esclusione si regge altresì su ben ulteriori considerazioni;

2.5. Nel caso di specie si tratta di esclusione non automatica ma facoltativa, ossia di reato da valutare a fini di mancanza di affidabilità ed integrità professionale dell'impresa stessa: dunque l'esclusione è stata comminata ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti e non dell'art. 80, comma 1.

3. La sentenza di primo grado formava oggetto di appello per i motivi di seguito sintetizzati:

3.1. Erroneità nella parte in cui il TAR non avrebbe sufficientemente considerato le misure di *self cleaning* adottate dalla società medesima (in sostanza: rimozione del soggetto attinto da tutte le cariche sociali e avvio di azione di risarcimento danni nei confronti del medesimo). Ciò proprio allo scopo di evitare la "morte imprenditoriale" dell'operatore economico comunque interessato da simili provvedimenti restrittivi;

3.2. Erroneità nella parte in cui è stata effettuata una automatica imputazione, nei confronti de -OMISSIS1-, di quanto commesso a nome de "-OMISSIS2-" da parte del soggetto attinto da ordinanza restrittiva. L'ipotesi di fusione delle due società non sarebbe in effetti mai avvenuta. In ogni caso il fatto di condividere la stessa persona fisica non sarebbe sufficiente al fine di stabilire un simile collegamento societario. La stazione appaltante avrebbe al riguardo fatto ricorso all'elenco dei soggetti di cui all'art. 80, comma 3, il quale si riferisce tuttavia ai reati di cui ai commi 1 e 2 (ipotesi di esclusione automatica per talune condanne definitive), laddove nel caso di specie si tratterebbe di reati da ricondurre all'ipotesi di grave illecito professionale di cui al successivo comma 5, lettera c) [esclusione facoltativa];

3.3. Viene sollevata questione di compatibilità eurounitaria dal momento che, per tale via, si autorizzerebbe una "estensione" quale quella ipotizzata al punto che precede (responsabilità dell'amministratore che si trasmette all'operatore economico, da questi rappresentato, anche per le cause di esclusione facoltativa) e tanto in assenza di una specifica presa di posizione del legislatore interno;

3.4. Erroneità nella parte in cui la sentenza avrebbe considerato la reticenza nel fornire tempestive informazioni alla stazione appaltante “un dato di mero <<contorno>> rispetto alle ragioni della disposta esclusione” (pag. 23 atto di appello). La reticenza costituirebbe in altre parole accusa infondata di cui non si sarebbe tenuto sufficientemente conto;

3.5. Erroneità nella parte in cui “mere indagini preliminari” avrebbero costituito idoneo mezzo di prova al fine di dimostrare la perdita di affidabilità ed integrità professionale in capo alla società appellante.

4. Si costituivano in giudizio Sport e Salute, LGA Service e CONI, tutti per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Alla pubblica udienza del 24 marzo 2022 la causa veniva infine trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. Tutto ciò premesso l'appello è infondato per le ragioni di seguito indicate.

7. Questo in sintesi il gravato provvedimento di esclusione con cui si afferma la assenza di integrità ed affidabilità, in capo alla odierna appellante, sulla base delle seguenti plurime ragioni:

a) la vicenda penale in cui è rimasto coinvolto il legale rappresentante della società appellante è piuttosto seria e rilevante anche ai fini dell'appalto in questione, trattandosi di accuse di corruzione eventualmente commesse in occasione di altri appalti di pulizie;

b) lo stesso soggetto raggiunto da ordine di custodia cautelare era legale rappresentante de -OMISSIS1- sia al momento della formulazione dell'offerta per la presente gara, sia al momento della adozione del medesimo provvedimento restrittivo;

c) pur trattandosi di atti commessi quale amministratore de “-OMISSIS2-”, emerge una forte compenetrazione societaria e dunque una spiccata contiguità tra quest'ultima e la società appellante -OMISSIS1-;

d) si è comunque registrata una certa reticenza da parte degli attuali organi societari nel dare tempestiva informazione alla stazione appaltante circa la adozione della ridetta ordinanza di custodia cautelare, provvedimento questo di cui la stessa stazione appaltante ha avuto prima cognizione da organi di stampa;

e) onde giungere ad un provvedimento di esclusione facoltativa quale quella di specie non è necessario attendere una sentenza definitiva di condanna (la quale rileva soltanto per le esclusioni di carattere automatico), bastando a tal fine anche un provvedimento di questo genere (ordinanza di custodia cautelare).

Trattasi dunque di *atto plurimotivato*, come pure anticipato.

8. Va ancora premesso come, al centro della controversia, si collochi la questione del rapporto tra vicende penali riguardanti gli operatori economici candidati ad una gara ed il tema del grave illecito professionale. Questione sulla quale anche la dottrina ha avuto spesso modo di confrontarsi.

Più in particolare, mentre il comma 1 dell'art. 80 del codice dei contratti individua un'ampia serie di reati per i quali, in caso di condanna definitiva, l'operatore economico è *automaticamente* escluso dalla gara, il successivo comma 5 non fa riferimento espresso a vicende penali ma, secondo l'interpretazione consolidata, è comunque idoneo a ricomprendere (nell'ambito dell'illecito professionale grave) qualunque tipo di violazione rilevante e, quindi, anche quelle costituenti altre ipotesi di reato le quali possono dunque condurre, in questo caso previa approfondita istruttoria e adeguata valutazione *discrezionale* dell'integrità/affidabilità, all'esclusione del concorrente anche in assenza di un accertamento penale definitivo sui reati di cui al comma 1 oppure per reati comunque differenti da quelli ricompresi nel suddetto elenco di cui al comma 1.

In altri termini, ai fini dell'eventuale esclusione *discrezionale* dalla gara per errore professionale grave ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50 del 2016, va intesa qualsiasi condotta legata all'esercizio dell'attività professionale contraria a un obbligo giuridico di carattere civile, penale ed amministrativo (così Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603; nonché Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6529; Cons. Stato, sez. III 5 settembre 2017, n. 4192).

In questa direzione l'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti costituisce "norma di chiusura", ossia una clausola residuale in cui può essere fatta rientrare qualsiasi violazione tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (così T.A.R. Lazio, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 13237; Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603).

Tra queste "violazioni" rientrano pertanto anche i reati diversi da quelli di cui all'art. 80, comma 1, nonché quelli pur riconducibili a siffatto elenco (art. 80, comma 1) ma per i

quali non è ancora intervenuta sentenza definitiva di condanna. In questa stessa direzione possono essere prese in considerazione non solo le condanne non definitive ma anche altri accertamenti ed elementi di prova quali rinvii a giudizio oppure misure restrittive della libertà personale o patrimoniale.

Come si è già detto, del resto, l'art. 80, comma 5, lettera c), costituisce norma di chiusura e in quanto tale, introducendo una eccezionale deroga al principio di tassatività delle clausole di esclusione, comporta che sulla Stazione appaltante gravi *“uno specifico onere di allegazione e probatorio in merito alla rilevanza di tali fatti, che giustifichi l'esclusione dell'impresa dalla gara”*. Di qui ancora la sussistenza di *“oneri procedurali rafforzati in termini sia probatori sia motivazionali”* (così ancora T.A.R. Lazio, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 13237, cit.).

9. Tanto ulteriormente e doverosamente premesso, quanto al primo motivo di appello (secondo cui la stazione appaltante non avrebbe tenuto sufficientemente conto delle misure di *self cleaning*) si rammenta che, per giurisprudenza costante dalla quale il collegio ritiene non doversi discostare, risponde a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure c.d. di *self cleaning* abbiano effetto *pro futuro*, ossia per la partecipazione a gare successive rispetto all'adozione delle misure stesse, non risultando ipotizzabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante, infatti, potrebbe essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, *“posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2022, n. 164; Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260).

Ne consegue da quanto detto che, nel caso di specie, le misure introdotte soltanto in seguito alla disposta custodia cautelare, e comunque dopo la formulazione dell'offerta, assumeranno valenza soltanto a partire dalle gare successive a quella qui oggetto di contestazione, nel corso della quale si sono verificati certi fatti di rilievo penale (pur se ancora *sub judice*). Ciò al di là della loro incisività ed anche della loro tempestività.

Nei termini suddetti il primo motivo di appello deve dunque essere rigettato.

10. Si contesta, con il secondo motivo, che la custodia cautelare sia stata comminata al soggetto attinto da provvedimento restrittivo della libertà personale nella qualità di rappresentante legale della -OMISSIS2-, laddove l'appalto in questione è stato aggiudicato in favore della -OMISSIS1-. Pertanto quest'ultima non potrebbe essere

danneggiata per reati che certi soggetti avrebbero compiuto per il vantaggio di altri operatori economici. Vi sarebbe inoltre una inammissibile estensione soggettiva dell'art. 80, comma 3, la cui elencazione si riferisce ai casi di esclusione *automatica* (art. 80, comma 1), laddove nel caso di specie si verte su una ipotesi di esclusione *facoltativa* per grave illecito professionale (infatti non vi è ancora condanna definitiva) [art. 80, comma 5, lettera c)]. Si contestano in questo senso anche le Linee Guida ANAC n. 6 del 2016. La tesi non sembra condivisibile dal momento che:

10.1. Ad una attenta lettura dell'ordinanza di custodia cautelare (cfr. doc. 13 della allegazione documentale di parte appellante), i fatti vengono contestati al soggetto attinto da provvedimento restrittivo nella veste di rappresentante legale di entrambe le società (-OMISSIS1- e -OMISSIS2-) che infatti per quella gara oggetto di corruzione correvano in RTI. Ciò è piuttosto evidente nella parte in cui si afferma che: "... , dipendente del Comune di ... e responsabile del servizio ambiente nonché presidente di Commissione nell'ambito della gara sopra menzionata ... il quale, nel corso delle sedute, avrebbe palesato la volontà di agevolare un particolare operatore economico (R.T.I. -OMISSIS1- S.r.l. – -OMISSIS2- S.p.a.)" (pag. 3 ordinanza). Sui "gravi indizi di colpevolezza" è stato inoltre ritenuto che: "Le dichiarazioni rese ... in merito all'anomala condotta serbata da ... in seno alla Commissione di Gara (di cui era Presidente), tesa a <<favorire>> l'azienda LA -OMISSIS2- attraverso l'attribuzione alla stessa di punteggi di particolare favore, ovvero sfavorendo immotivatamente le ditte concorrenti; l'affidamento diretto temporaneo a LA -OMISSIS2- s.r.l. ... in attesa dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto regionale che vedeva, in qualità di offerente, la partecipazione della RTI -OMISSIS1- – LA -OMISSIS2- " (pag. 23 ordinanza). Ed ancora che: "Trattasi, all'evidenza, di un accordo volto a instaurare, nell'ambito dei poteri inerenti alle pubbliche funzioni esercitate da ... una sistematica e generalizzata attività di favoritismo a tutto vantaggio del gruppo -OMISSIS1- – LA -OMISSIS2- ... -OMISSIS1- – LA -OMISSIS2-, in persona quanto meno di ..., hanno operato sapendo di <<poter contare>> all'interno del Comune di Nichelino su un referente <<amico>> ... nella convinzione che quest'ultimo sarebbe riuscito, o comunque si sarebbe adoperato, per far favorire il gruppo nel reperimento di nuove opportunità lavorative" (pag. 24 ordinanza).

La vicenda penale, a ben vedere, riguarda anche La -OMISSIS1- e non solo -OMISSIS2-. Dunque la tesi della difesa di parte appellante secondo cui La -OMISSIS1- avrebbe “pagato” per talune condotte tenute quale amministratore de “-OMISSIS2-”, ad opera del soggetto attinto, appaiono *per tabulas* sformite di sufficiente fondatezza.

10.2. La tesi di parte appellante si rivela infondata anche a voler considerare ancora estranea la posizione de -OMISSIS1-. Sul più generale tema, occorre in ogni caso stabilire se sussista un certo criterio di collegamento fra le persone fisiche che sono investite di certi incarichi societari e gli operatori economici partecipanti alle gare, tale da poter determinare la carenza di affidabilità/integrità di questi ultimi.

Infatti le vicende penali riguardano persone fisiche, mentre alle gare partecipano, per lo più, imprese organizzate in forma societaria; il che non esclude la rilevanza delle condanne riportate dalle prime.

Allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, la giurisprudenza risulta propensa ad adottare, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del “contagio”. In pratica la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all’operatore economico “per contagio”, ossia *de facto* e dunque prescindendo dalla tematica dell’imputazione degli atti.

10.3. In precedenti della sezione su casi pressoché analoghi (cfr. sentenza n. 3507 del 4 giugno 2020) è stata ritenuta applicabile la suddetta c.d. “teoria del contagio” per cui si rivela decisiva, ai fini della esclusione dalla gara di un dato “operatore economico”, la figura del rappresentante e della persona fisica che dirige la società stessa. In particolare è stato affermato che:

*“3.2. Non v'è dubbio che una società possa essere esclusa da una procedura di gara ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per un grave illecito professionale commesso da un suo esponente; ma questo non tanto in virtù del principio di immedesimazione organica - destinato ad operare propriamente nell'ambito negoziale come modalità di imputazione all'ente della volontà manifestata dalla persona fisica cui ne è affidata la rappresentanza - quanto, piuttosto, per altro principio già definito del "contagio" (proprio da Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2018, n. 6866 ampiamente citata dall'appellante)*

*Secondo siffatta impostazione se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società ... è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa (o "parallela", si ritiene di aggiungere) attività professionale, inaffidabile può essere considerata - in virtù appunto del suo potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione - anche la società che dirige o è in grado di orientare con le sue indicazioni.*

*È dato in questo modo seguito a quanto affermato dall'Adunanza plenaria 6 novembre 2013, n. 24 ... secondo cui la finalità della normativa sui requisiti di idoneità morale è quella di "assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società ... per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; ....*

*3.3. Se questa è la ragione del giudizio di inaffidabilità dell'ente, è del tutto irrilevante stabilire se la condotta sanzionata in sede penale sia stata commessa dalla persona fisica per interesse proprio ovvero per avvantaggiare la società di appartenenza, quel che conta è che essa abbia avuto luogo nell'esercizio dell'attività professionale; accertata questa condizione, quale che fosse il beneficiario del reato, l'aver riportato una condanna penale è indice di carenza di integrità e di affidabilità morale che la stazione appaltante può apprezzare per decidere se tenere in gara l'operatore economico ovvero escluderlo (in tal senso Corte di Giustizia dell'Unione europea, 20 dicembre 2017 nella causa C-178/16 ... cfr. par. 34: " il diritto dell'Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un'impresa." nonché Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649).*

*In definitiva, il tentativo dell'appellante di distinguere tra la condotta riprovevole del socio persona fisica e quella integerrima della società non coglie nel segno perché, quando l'illecito professionale è portato da una condanna penale, la valutazione di inaffidabilità morale è effettuata a carico dell'ente in virtù di una fictio iuris essendo essa indirizzata, in realtà, verso coloro che ne hanno la direzione o sono capaci di orientarne le scelte (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 702 per la quale: "Verificare il possesso dei requisiti di moralità in capo al socio di maggioranza in grado di condizionare le decisioni della società significa, quindi, verificare detto possesso in capo all'operatore economico concorrente.").*

*3.4. A questo punto resta da specificare meglio per quali ruoli societari vale il discorso fino a questo momento svolto ovvero stabilire per quali tra le varie persone fisiche titolari o membri di organi societari*

*è possibile ipotizzare una capacità di contagio della società di appartenenza se inaffidabili per pregressi illeciti professionali.*

*La risposta è nello stesso codice dei contratti pubblici che, all'art. 80, comma 3, indicando le persone fisiche che se raggiunte da sentenza (o da un decreto) di condanna per uno dei reati di cui al comma 1 ovvero da una misura interdittiva di cui al comma 2 obbligano la stazione appaltante all'esclusione del concorrente, enuncia i ruoli di direzione e controllo nell'ambito delle varie tipologie societarie rilevanti per l'operatività delle due cause di esclusione.*

*La logica sottesa alle disposizioni è infatti perfettamente simmetrica: sono le persone fisiche nei ruoli elencati dal legislatore, che, con la loro condotta, sono in grado di influenzare le decisioni della società ed è questa la ragione per la quale se condannati in sede penale (o se destinatari di una misura interdittiva) impongono all'amministrazione l'esclusione (automatica o per scelta discrezionale) della società dalla procedura di gara.*

...

*3.5. In conclusione, le Linee guida dell'ANAC, paragrafo 3.1., stabilendo che "I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice" non operano un'estensione soggettiva della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del codice dei contratti pubblici dall'operatore economico - persona giuridica alle persone fisiche componenti o titolari di organi sociali, ma specificano, in adesione alla logica fin qui esposta, che proprio per il loro ruolo di componenti o titolari di organi sociali le condotte illecite commesse dalle persone fisiche incidono sull'affidabilità dell'operatore economico concorrente".*

10.4. Significative, sul punto, anche le seguenti decisioni di questa stessa sezione (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 20; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649) i cui passaggi fondamentali, per comodità espositiva, qui di seguito si riportano:

*"Va ... confermato il principio espresso con il precedente di Cons. Stato, V, 12 marzo 2019, n. 1649, secondo cui "tra le condanne rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del Codice dei Contratti, ai fini dell'esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle specificamente elencate ai commi 1 e 2 della norma, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del successivo comma 5, sull'affidabilità dell'impresa. Condanne che [...] non potranno che essere riferite agli esponenti dell'impresa per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato o comunque tenuti, in ragione dei propri poteri di controllo, ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti".*

*In questi termini, non rileva la circostanza che le condanne siano state irrogate ad un soggetto per fatti ed in epoche in cui lo stesso era soggetto apicale di altra società atteso che “non è corretta la pretesa delle appellanti di distinguere concettualmente l’impresa (in quanto tale, un’entità puramente giuridica) dai soggetti – di cui all’art. 80 comma 3 – per il tramite dei quali, in ragione delle loro funzioni di amministrazione e controllo, la medesima impresa concretamente opera sul mercato.*

*La tesi delle appellanti, per contro, produrrebbe l’effetto aberrante di escludere la rilevanza di qualsiasi sentenza di condanna ai fini della valutazione di affidabilità sottesa al precetto dell’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, dal momento che nel vigente sistema normativo la responsabilità penale riguarda direttamente le sole persone fisiche e non anche le imprese, ritenendo invece il Collegio di dover confermare il generale principio (ex multis, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6016) secondo cui tra le condanne rilevanti ai sensi dell’art. 80, comma 3, del Codice dei Contratti, ai fini dell’esclusione dalla gara, vanno incluse non solo quelle specificamente elencate ai commi 1 e 2 della norma, ma anche quelle comunque incidenti, ai sensi del successivo comma 5, sull’affidabilità dell’impresa.*

*Condanne che, per le ragioni sopra ricordate, non potranno che essere riferite agli esponenti dell’impresa per mezzo dei quali la stessa agisce sul mercato o comunque tenuti, in ragione dei propri poteri di controllo, ad assicurare che la relativa attività si svolga nel rispetto delle norme di diritto vigenti . . . .*

*Deve quindi considerarsi l’intera esperienza professionale dei soggetti apicali mediante i quali la società opera, atteso che sono necessariamente questi a determinare il concreto comportamento dell’impresa sul mercato, pena l’elusione delle finalità di tutela pubblicistica perseguite dalla norma di legge”.*

10.5. Ad avvalorare la tesi della appellata stazione appaltante v’è altresì la constatazione circa la “identità sostanziale” tra le due società -OMISSIS1- e -OMISSIS2- (stessi soci e stessi vertici). Nessun rilievo potrebbe infatti assumere la circostanza che la fusione non è mai stata portata a termine, rilevando a tal fine ben altri importanti indici di collegamento. Ciò anche sulla base di quanto emerge dalla sentenza del TAR Piemonte n. 906 del 29 dicembre 2020. Tra questi:

- a) il soggetto attinto da provvedimento restrittivo, ai tempi dell’offerta e della custodia cautelare, era socio unico (in comunione di beni con il fratello) e presidente del CdA di -OMISSIS1- nonché socio di -OMISSIS2-;
- b) le due società operano in ambito di mercato sovrapponibile;
- c) hanno gli stessi componenti del collegio sindacale;
- d) condividono lo stesso procuratore speciale.

Da quanto detto consegue la forte compenetrazione sociale e il sostanziale collegamento tra i due ambiti societari, che dunque si muovono come se fossero un “unico operatore”.

10.6. Da tutte le considerazioni sopra partitamente svolte consegue la inevitabile infondatezza della specifica censura.

11. Con riguardo poi alla sollevata questione di compatibilità eurounitaria con cui si lamenta che, per tale via, si autorizzerebbe una “estensione” quale quella ipotizzata al punto che precede (responsabilità penale dell’amministratore che si trasmette all’operatore economico, da questi rappresentato, anche per le cause di esclusione facoltativa) pur in assenza di una specifica presa di posizione del legislatore interno, il collegio ritiene di fare espresso rinvio a quanto affermato dalla Corte di giustizia UE sez. IV, 20 dicembre 2017, C-178, nella causa *Mantovani*. Più in particolare: *“Il fatto di prendere in considerazione, nell’ambito della causa di esclusione prevista all’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, la condotta degli amministratori di un offerente costituito come persona giuridica non configura quindi un’«estensione» dell’ambito di applicazione di tale causa di esclusione, bensì costituisce un’attuazione del medesimo che preserva l’effetto utile di detta causa di esclusione”* (par. 36).

Dunque il fatto che un dato operatore economico risenta della condotta dei propri amministratori rappresenta attuazione ossia effetto diretto dei principi del diritto eurounitario sopra esposti. In questa stessa direzione, infatti: *“il diritto dell’Unione muove dalla premessa che le persone giuridiche agiscono tramite i propri rappresentanti. Il comportamento contrario alla moralità professionale di questi ultimi può quindi costituire un elemento rilevante ai fini della valutazione della moralità professionale di un’impresa”* (par. 34).

L’operatore economico deve in altre parole essere inteso in termini sostanziali e non in termini eminentemente formalistici, secondo quanto prospettato dalla difesa dell’appellante. Seguendo la tesi di quest’ultimo, infatti, lo stesso soggetto potrebbe dare vita a distinti soggetti societari che verrebbero ad essere danneggiati soltanto *secundum eventum litis*, ossia in funzione del tipo di coinvolgimento di natura penale: qualora la società colpita di riflesso da simili misure (esclusione da pubbliche gare) fosse soltanto quella nello specifico coinvolta nel procedimento penale, allora tutte le altre società, benché dirette o controllate dal medesimo soggetto che quel reato ha commesso

(oppure è stato accusato di avere commesso), verrebbero a trovarsi surrettiziamente e iniquamente salvaguardate.

Ne deriva da quanto detto che l'istanza di rinvio pregiudiziale non può trovare ingresso in questa sede, atteso che sul punto specifico la Corte di giustizia UE ha sostanzialmente già avuto modo di esprimersi secondo coordinate poi riprese e rafforzate dalle richiamate pronunzie di questa sezione (cfr. punti 10.3 e 10.4).

12. Ricapitolando sulla seconda censura e sulla istanza di rinvio pregiudiziale, tra di loro strettamente connesse, può dunque evidenziarsi sinteticamente che:

12.1. I reati di cui all'art. 80, comma 1, del Codice dei contratti, che abbiano determinato altresì una condanna definitiva, comportano l'esclusione *automatica* dalla gara;

12.2. I reati di cui al comma 1 che ancora non hanno portato ad una condanna definitiva o comunque i reati diversi dal comma 1 (che abbiano o meno determinato una condanna definitiva) possono comportare una esclusione dalla gara di tipo *facoltativo* [art. 80, comma 5, lettera c)];

12.3. Rientrano in tale ipotesi residuale (norma di chiusura) ogni tipo di violazione che incida sulla moralità e sulla inaffidabilità professionale dell'operatore economico;

12.4. Sempre in queste ultime ipotesi, l'atto di esclusione (facoltativo) deve essere preceduto da approfondita istruttoria ed essere supportato da adeguata ed autonoma valutazione/motivazione;

12.5. Il giudizio di inaffidabilità "si trasmette" (per contagio) dall'amministratore a tutte le società che questi comunque rappresenta, dunque anche a quelle non direttamente coinvolte in occasione della violazione che ha provocato il giudizio stesso;

12.6. Gli amministratori le cui condotte e violazioni saranno valutate ai fini della suddetta "trasmissione" sono quelli menzionati nell'elenco di cui all'art. 80, comma 3, il quale trova applicazione per le ipotesi non solo dei commi 1 e 2 (esclusione automatica) ma anche del comma 5, lettera c) [esclusione facoltativa];

12.7. Non si tratta in quest'ultimo caso di "estensione" quanto, piuttosto, di attuazione di principi eurounitari per cui alle imprese/operatori economici si trasmette, per contagio, lo stesso grado di inaffidabilità degli amministratori che le governano.

13. Con il quarto motivo di appello si lamenta la erroneità nella parte in cui la sentenza avrebbe considerato la reticenza nel fornire tempestive informazioni alla stazione

appaltante “un dato di mero <<contorno>> rispetto alle ragioni della disposta esclusione” (pag. 23 atto di appello).

Trattasi come si è visto di “atto plurimotivato”: pertanto, quand’anche si rivelasse fondata la tesi di parte appellante circa la tempestività con cui avrebbe comunicato simili provvedimenti restrittivi, ciò non eliderebbe o meglio non travolgerebbe anche le altre ragioni su cui poggia il provvedimento di esclusione nel suo complesso. Ragioni sulla cui legittimità si è peraltro già avuto modo di esprimersi favorevolmente e compendiate nelle lettere a), b), c) ed e) del punto 7. Ragioni su cui la stazione appaltante si è sufficientemente spesa, a differenza di quanto sostenuto dalla difesa di parte appellante alle pagg. 25-27 dell’atto di gravame, anche in termini di adeguata autonoma valutazione della fattispecie (in questo senso, le accuse di corruzione perpetrate in occasione di analoghe commesse costituiscono “fattore autoevidente” al fine di dimostrare la gravità della fattispecie ed il suo grado di relazione efficace con la vicenda qui oggetto di contestazione).

La censura deve pertanto essere rigettata.

14. Con ultimo motivo si lamenta la erroneità nella parte in cui “mere indagini preliminari” avrebbero costituito idoneo mezzo di prova al fine di dimostrare la perdita di affidabilità ed integrità professionale in capo alla società appellante.

Osserva il collegio come non si tratti di “mere indagini preliminari” ma, piuttosto, di una più concreta “ordinanza di custodia cautelare” che costituisce elemento sufficiente onde valutare l’inaffidabilità dell’operatore per gravi illeciti professionali.

Ed infatti per giurisprudenza costante (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 5852 del 2021): *“una decisione di tipo giurisdizionale, pur non ancora definitiva, può, a seconda dell’oggetto di tale decisione, fornire all’amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un grave errore professionale, ove tale decisione può comunque essere sottoposta a controllo giurisdizionale”*.

Ed ancora: *“Il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari della adozione di un’ordinanza di custodia cautelare a carico dell’amministratore della società concorrente ad una gara, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell’impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l’incidenza negativa sulla moralità professionale”* (Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 620).

Peraltro il decreto di rinvio a giudizio (cui va equiparato il caso di citazione a giudizio) rileva ai fini dell'esclusione discrezionale a condizione che sia relativo a condotte tenute nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, di modo che essa costituisca “vicenda professionale” suscettibile di essere qualificata come “grave illecito professionale” e purché sia riferibile ad uno dei soggetti elencati all'art. 80, comma 3, del codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2021, n. 3772 e 29 ottobre 2020, n. 6615).

Anche tale censura non può dunque trovare ingresso in questa sede.

15. L'appello deve in conclusione essere rigettato per le ragioni sopra partitamente esposte. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella somma di euro 3.000 (tremila/00), oltre IVA e CPA e da corrispondere in favore di ciascuna delle parti costituite (Sport e Salute s.p.a., LGA Service e ANAC).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO

