

Publicato il 18/06/2025

N. 05317/2025REG.PROV.COLL.  
N. 08454/2022 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 8454 del 2022, proposto da Rekeep S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, Patrizio Ivo D'Andrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Zoppini in Roma, piazza di Spagna n. 15;

*contro*

CONSIP s.p.a., 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;

Team Service S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Salvatore in Lauro n. 10;

*nei confronti*

Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, Gemmo Spa, Rti Cbre Gws Technical Division S.r.l., Rti Cnp Energia S.p.A., Rti Gruppo Ecf Impianti Tecnologici e Costruzioni S.p.A., Rti Hitrac Engineering Group S.p.A., Rti I.F.M. Italiana Facility Management S.p.A., Rti Societa' Nazionale Appalti Manutenzioni Lazio Sud S.N.A.M. S.r.l., tutti non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 10165/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e di Team Service S.C.A.R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Lirosi, Vercillo e l'Avvocato dello Stato Santini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto di servizi integrati, gestionali ed operativi, relativi agli uffici della pubblica amministrazione centrale e periferica dello Stato. L'appalto viene gestito a livello centrale da CONSIP s.p.a. ed è articolato in 18 lotti.

2. L'odierna appellante partecipava ai lotti nn. 1, 5, 7, 11 e 15 ma veniva esclusa, con provvedimento CONSIP n. 24509 in data 28 giugno 2019, in seguito ad illecito anticoncorrenziale accertato da AGCM con delibera del 9 maggio 2019 (l'appellante, assieme ad altri operatori economici, avrebbe infatti raggiunto accordi preliminari onde spartirsi i singoli lotti di gara). Con provvedimento coevo n. 24511 del 28 giugno 2019 veniva altresì disposta l'escussione della garanzia provvisoria. Importo delle cauzioni complessivamente incamerate: 3 milioni 900 mila euro

3. Il provvedimento AGCM veniva impugnato dinanzi al TAR Lazio che lo rigettava con sentenza n. 8777 del 2020. Tale sentenza veniva confermata dal Consiglio di Stato con successiva sentenza n. 3570 del 2022.

4. Nelle more, venivano impugnati anche i provvedimenti di esclusione ed escussione sempre davanti al TAR Lazio il quale:

4.1. Con sentenza non definitiva n. 10165 del 2022 rigettava il gravame con riguardo alla disposta esclusione dalla gara;

4.2. Quanto alla disposta escussione della garanzia provvisoria, dopo avere sospeso il giudizio per via della rimessione della questione di legittimità costituzionale da parte del Consiglio di Stato con ordinanza n. 3299 del 26 aprile 2021 su analoga vicenda (incameramento automatico della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nei confronti sia dell'aggiudicatario escluso sia del non aggiudicatario comunque escluso), e dopo avere preso atto che la Corte costituzionale, con sentenza n. 198 del 26 luglio 2022, aveva dichiarato non fondate le ridette questioni di legittimità costituzionale (poiché l'incameramento della garanzia provvisoria ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 non assume natura di sanzione "punitiva" e quindi non è applicabile in via retroattiva, quale *lex mitior*, l'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 il quale prevedeva, a sua volta, un simile incameramento automatico per il solo aggiudicatario e non anche per il semplice partecipante escluso) lo stesso TAR Lazio rigettava altresì tale parte del ricorso originario in quanto l'incameramento della cauzione, anche in caso di mera esclusione dalla gara, avrebbe carattere automatico e non potrebbe essere altrimenti sindacabile (questa sentenza è stata appellata al nrg 426 del 2023).

5. In questa sede si controverte non del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria ossia dell'incameramento automatico della cauzione direttamente ricollegato alla esclusione dalla gara (su cui il TAR Lazio adottava sentenza di rigetto n. 15201 del 2022 oggetto di appello, come detto, sub nrg 426 del 2023) ma del presupposto provvedimento di esclusione che il

TAR Lazio, con la sentenza non definitiva qui appellata, ha ritenuto legittimo dal momento che:

5.1. Non vi sarebbe stata alcuna lesione del legittimo affidamento in quanto, se è vero da un lato che in data 21 giugno 2019 CONSIP ha chiesto a Rekeep di prorogare la validità della propria offerta e della relativa fideiussione, è anche vero dall'altro lato che la decisione di esclusione dalla gara è stata disposta soltanto una settimana dopo, ossia il 28 giugno 2019, senza dunque che fosse trascorso un lasso di tempo utile onde far sorgere l'invocata posizione di affidamento in capo alla odierna appellante;

5.2. Il termine eccessivamente ristretto concesso per formulare memorie procedurali (tre giorni lavorativi a decorrere dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento di esclusione del 20 giugno 2019) non ha comunque pregio in quanto la stazione appaltante, in tema di esclusioni dal procedimento di gara, per giurisprudenza costante non avrebbe alcun obbligo in tal senso (avvio procedimento di esclusione dalla gara);

5.3. Anche l'illecito antitrust (nel caso di specie: intesa anticoncorrenziale) rientra nel novero dei gravi illeciti professionali forieri di esclusione dalle gare e non necessita, ai fini della sua autonoma rilevanza, di una decisione adottata da un organo giurisdizionale risultando in tal senso sufficiente anche una sanzione irrogata da una autorità amministrativa quale quella di specie (si anticipa, sin da ora, come questo specifico motivo sia poi stato rinunciato per via della sentenza della Corte di giustizia UE 4 giugno 2019, causa C-425/18. Si veda alla pag. 18 dell'atto di appello introduttivo, laddove si afferma che: "Rekeep prende atto del sopravvenuto orientamento cui viene fatto riferimento nella Sentenza che qualifica l'illecito antitrust tra i motivi di esclusione per grave illecito professionale");

5.4. Le misure di *self cleaning* asseritamente adottate da Rekeep sono irrilevanti in quanto intraprese soltanto in corso di gara (e dunque rilevanti, se del caso, soltanto per le gare successive a quella in esame);

5.5. Rispetto alle risultanze del provvedimento AGCM sussiste, ad ogni modo, una autonoma valutazione dei fatti da parte di CONSIP, ai fini della suddetta esclusione dalla gara, e ciò tenuto soprattutto conto “della piena partecipazione dell’odierna ricorrente all’intesa anticoncorrenziale”;

5.6. Quanto alla violazione del principio *ne bis in idem*, i due provvedimenti (sanzione antitrust ed esclusione dalla gara) rispondono a due differenti finalità poste dal legislatore (tutela del mercato di riferimento nel caso della sanzione antitrust; assenza di affidabilità e di moralità professionale nel caso della esclusione dalla gara);

5.7. Quanto alla ritenuta assenza di *mendacio* (relativa al fatto che Rekeep, al momento della domanda di partecipazione alla gara, aveva taciuto di avere tenuto rapporti di intesa con gli altri operatori economici concorrenti al fine di spartirsi i lotti di gara) il giudice di primo grado ha ritenuto di non affrontare tale tematica in quanto essa costituisce soltanto una delle due motivazioni su cui si regge il provvedimento di esclusione (ossia comportamento anticoncorrenziale accertato dalla Antitrust e comportamento mendace nei confronti di CONSIP, come sopra descritto): ora, poiché era stata valutata la bontà del primo motivo di esclusione (comportamento anticoncorrenziale), va da sé che in presenza di atto plurimotivato non v’era alcuna necessità di vagliare anche il secondo segmento motivazionale dell’atto di esclusione (comportamento mendace).

6. La sentenza non definitiva del TAR Lazio veniva impugnata per erroneità laddove non sarebbe stata considerata:

6.1. Contraddittorietà e perplessità dell’azione amministrativa nella parte in cui: da un lato, in data 21 giugno 2019 è stato chiesto a Rekeep di confermare e prorogare offerte e fidejussioni (in scadenza il 28 giugno 2019 e poi prorogate sino al 28 novembre 2019 per effetto della accettazione della proroga da parte di Rekeep); dall’altro lato, il successivo 28 giugno 2019 è stata comunque disposta l’esclusione dalla gara. Ciò con lesione circa

“l’affidamento ingenerato dalla richiesta di conferma dell’offerta e delle cauzioni prestate” (pag. 12 atto di appello introduttivo);

6.2. La violazione degli artt. 7 e 10 della legge n. 241 del 1990 nella parte in cui “Consip le ha precluso qualsivoglia possibilità di partecipare utilmente al procedimento di esclusione dalla Gara” (pag. 13 atto di appello), e tanto in ragione “del breve termine concesso a Rekeep con la Comunicazione di Avvio (5 giorni, di cui solo 3 lavorativi per memorie e documenti)” [pag. 14 atto di appello];

6.3. Erroneità, altresì, del capo della sentenza che ha erroneamente giudicato irrilevanti le misure di *self cleaning* nel frattempo comunque assunte da Rekeep;

6.4. Difetto di istruttoria nella parte in cui la decisione di esclusione di CONSIP ha finito per aderire acriticamente alla tesi accusatoria contenuta nel provvedimento sanzionatorio della AGCM. Sarebbe in altre parole mancata una valutazione autonoma di CONSIP in ordine alle ragioni da cui sarebbe scaturito il provvedimento di esclusione dalla gara;

6.5. Violazione del principio *ne bis in idem* poiché la medesima condotta considerata dall’AGCM alla stregua di intesa restrittiva della concorrenza (e come tale punita con l’obbligo di pagare una sanzione pecuniaria), sarebbe stata automaticamente sanzionata una seconda volta, da CONSIP, mediante un distinto provvedimento di esclusione dalla gara;

6.6. Veniva infine riproposto, *ex art. 101, comma 2, c.p.a.*, il motivo relativo al comportamento mendace, evidenziato nel provvedimento di esclusione, relativo alla mancata dichiarazione da parte di REKEEP, in sede di partecipazione alla gara, circa la sussistenza di una intesa anticoncorrenziale. Veniva a tal fine ribadita la illogicità e la irragionevolezza di tale parte della motivazione del suddetto provvedimento di esclusione.

7. Si costituiva in giudizio CONSIP per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

8. Alla pubblica udienza del 6 marzo 2025 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

9. Tutto ciò premesso, la sentenza non definitiva di rigetto risulta condivisibile per le ragioni (e con le precisazioni) che verranno di seguito esposte.

10. Con il primo motivo di appello si lamenta contraddittorietà e perplessità dell'azione amministrativa nella parte in cui: da un lato, in data 21 giugno 2019 è stato chiesto a Rekeep di confermare e prorogare offerte e fidejussioni (in scadenza il 28 giugno 2019 e poi prorogate sino al 28 novembre 2019 per effetto della accettazione della proroga da parte di Rekeep); dall'altro lato, il successivo 28 giugno 2019 è stata comunque disposta l'esclusione dalla gara. Ciò con ritenuta lesione circa "l'affidamento ingenerato dalla richiesta di conferma dell'offerta e delle cauzioni prestate" (pag. 12 atto di appello introduttivo). Osserva al riguardo il collegio che:

10.1. Il precedente 20 giugno 2019 era stata comunque data comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla gara a cagione della intervenuta sanzione antitrust del 9 maggio 2019. Comunicazione peraltro non dovuta per giurisprudenza costante, trattandosi di procedura di esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2023, n. 9858; Cons. Stato, sez. V, n. 1645 del 2023), e ciò tenuto anche conto che, come pure più avanti si avrà modo di osservare, il meccanismo del *self cleaning* in corso di gara non sarebbe stato possibile in quanto trattavasi di appalto indetto ai sensi del decreto legislativo n. 163 del 2006 (il quale costituiva attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE che ancora non contemplavano un simile meccanismo di "ravvedimento organizzativo");

10.2. In questo quadro, la richiesta di proroga di offerta e fideiussione costituiva una sorta di "contromisura" onde evitare che CONSIP, per via della procedura di leale collaborazione ossia del contraddittorio comunque attivato, potesse poi perdere ogni forma di garanzia ormai di imminente scadenza, come sopra evidenziato. L'estensione della garanzia (e prima ancora

dell'offerta) era dunque quanto mai necessaria onde assicurare l'ordinario svolgimento del contraddittorio procedimentale (a sua volta avviato sulla decisione di esclusione dalla gara) senza che la PA potesse correre il rischio, una volta avviata tale forma di contraddittorio, di perdere poi la possibilità di escutere la garanzia per effetto della sua ormai prossima scadenza;

10.3. A ciò si aggiunga che il breve lasso di tempo intercorso tra la richiesta di proroga di offerte e fideiussioni (21 giugno 2019) e provvedimento di esclusione (28 giugno 2019) era comunque insuscettibile di ingenerare una posizione di legittimo affidamento (in questa direzione, richiesta di conferma e provvedimento di esclusione sono effettivamente intervenuti "a stretto giro"). Legittimo affidamento che, al contrario, si sarebbe radicato ove l'amministrazione avesse fatto trascorrere un maggiore lasso di tempo onde risolversi per la disposta esclusione dalla gara;

10.4. Nei termini di cui si è appena detto, il primo motivo di appello deve pertanto essere rigettato.

11. Con il secondo motivo di appello si lamenta la violazione degli artt. 7 e 10 della legge n. 241 del 1990 nella parte in cui "Consip le ha precluso qualsivoglia possibilità di partecipare utilmente al procedimento di esclusione dalla Gara" (pag. 13 atto di appello), e tanto in ragione "del breve termine concesso a Rekeep con la Comunicazione di Avvio (5 giorni, di cui solo 3 lavorativi per memorie e documenti)" [pag. 14 atto di appello]. Osserva al riguardo il collegio che, al netto di ogni considerazione circa l'obbligo di instaurare il contraddittorio procedimentale (come evidenziato al punto che precede, nella fattispecie in esame non v'era spazio per il meccanismo del *self cleaning*):

11.1. Nell'ambito dei procedimenti officiosi, gli artt. 7 e 8 della legge n. 241 del 1990 non prevedono alcun termine minimo entro il quale presentare le memorie scritte e i documenti;

11.2. A tal fine il termine deve allora essere ragionevolmente ponderato con l'importanza del procedimento da concludere;

11.3. Nel caso in esame trattasi di una rilevante commessa la cui procedura di aggiudicazione era peraltro in corso da diverso tempo;

11.4. Dunque il diritto di difendersi andava contemperato con le esigenze di accelerazione legate alla particolare procedura da concludere (pubblico incanto di rilevante importanza economica e strategica, che dunque ben poteva giustificare la compressione di taluni spazi di intervento che la PA decide di riservare al privato);

11.5. In questa stessa direzione, non può certo invocarsi una distinzione tra giorni lavorativi e non lavorativi, trattandosi di delicati appalti solitamente gestiti per il tramite di figure dirigenziali o comunque di elevata qualificazione professionale. Pertanto il termine effettivo era di 5 giorni (21 giugno 2019 data di ricezione della comunicazione di avvio del procedimento – 26 giugno termine fissato dalla PA entro il quale Rekeep avrebbe dovuto produrre memorie e documenti di parte);

11.6. Di qui ancora la congruità del termine assegnato per la presentazione di memorie e documenti, tenuto anche conto che la dirigenza di Rekeep aveva attivamente partecipato al procedimento sanzionatorio svoltosi dinanzi all'Antitrust e dunque era ben a conoscenza di tutti i suoi sviluppi e di ogni suo contenuto;

11.7. Non senza omettere di considerare che l'amministrazione ha ampiamente dimostrato, anche in sede giudiziale, che non avrebbe potuto adottare un provvedimento di segno diverso (art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990);

11.8. Da quanto detto consegue il rigetto, altresì, di tale specifica censura di appello.

12. Si lamenta, con il terzo motivo di appello, che l'amministrazione non avrebbe tenuto conto delle misure di *self cleaning* comunque adottate da Rekeep nelle more della gara. Il TAR ha accolto la tesi secondo cui tali misure correttive della propria organizzazione valgono per le gare future e non anche per quelle "in corso". Osserva al riguardo il collegio che, anche a voler

accedere all'orientamento più recente di questa sezione (Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858) secondo cui le misure di *self cleaning* possono essere dimostrate non solo *de futuro* ma anche per le gare "in corso", va in ogni caso segnalato che questa stessa sezione, con sentenza n. 7903 del 22 agosto 2023, ha tuttavia affermato che il *self cleaning* costituisce misura che si applica a partire dal decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove nel caso di specie la gara era governata sotto la disciplina di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 (il quale si basava su direttive UE che ancora non contemplavano tali misure correttive). Al riguardo è stato in particolare affermato da questa stessa sezione che:

*"Il self-cleaning è istituito introdotto dall'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE (e recepito nel nostro ordinamento dall'art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50 del 2016), e dunque inapplicabile alla gara ... soggetta alla direttiva 2004/18/CE e al d.lgs. n. 163 del 2006, che non lo contemplava.*

*Secondo il consolidato orientamento, la procedura di affidamento di un contratto, in tema di gare pubbliche, è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio del tempus regit actum e alla natura di lex specialis del bando di gara, insensibile allo ius superveniens (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 10 maggio 2022, n. 3644).*

*Merita precisare che non era consentita l'immediata e diretta applicazione, nell'ordinamento interno, della disciplina prevista dalla direttiva n. 2014/24/UE prima del 16 aprile 2016, termine di recepimento della direttiva, né un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale; tanto più in quanto l'art. 57, par. 6, ha enucleato un istituto nuovo, rispetto al quale, a maggiore ragione, la direttiva resta sprovvista di qualsiasi efficacia, non solo diretta, ma anche nella ridotta valenza quale paradigma ermeneutico (in termini generali, Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359).*

*Osserva ancora il Collegio come comunque, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, le misure di self-cleaning ... erano efficaci pro-futuro; la Sezione ha infatti in più occasioni affermato che il momento ne ultra quem per l'adozione di misure di self-cleaning e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte, dato*

*che la previsione di una tardiva facoltà di implementazione o allegazione sarebbe in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 598; V, 9 gennaio 2020, n. 158)”.*

Alla luce di quanto sopra riportato, anche tale motivo deve pertanto essere rigettato.

13. Con il quarto motivo di appello si lamenta il difetto di istruttoria nella parte in cui la decisione di esclusione di CONSIP avrebbe finito per aderire acriticamente alla tesi accusatoria contenuta nel provvedimento sanzionatorio della AGCM. Sarebbe in altre parole mancata una valutazione autonoma di CONSIP in ordine alle ragioni da cui sarebbe scaturito il provvedimento di esclusione dalla gara. Dunque si lamenta la applicazione automatica ed acritica del provvedimento AGCM ai fini della disposta esclusione dalla gara. Osserva al riguardo il collegio che:

13.1. Con statuizione n. 3570 del 2022 della sesta sezione del Consiglio di Stato, ormai largamente passata in giudicato (anche il giudizio di revocazione proposto avverso tale sentenza è stato ritenuto inammissibile con sentenza n. 7153 del 21 luglio 2023 della stessa sesta sezione, mentre la Corte di cassazione, con ordinanza n. 15706 del 2023, ha rigettato il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione), è stata acclarata la “piena partecipazione dell’odierna ricorrente all’intesa anticoncorrenziale” a suo tempo sanzionata da AGCM con provvedimento in data 9 maggio 2019 il quale evidenziava, a sua volta, la sostanziale spartizione dei lotti tra vari soggetti societari nel cui novero rientrava, altresì, l’odierna appellante;

13.2. Ebbene, a fronte di tale decisione della AGCM (poi pienamente confermata, si ripete, dalle ridette pronunzie del GA) CONSIP ha comunque appurato in via del tutto autonoma che: a) l’illecito antitrust incide, *ipso iure*, sul grado di affidabilità e di moralità professionale del singolo operatore; b) si determina per tale via una frattura di quel vincolo di *fiduciarietà* che è alla base della gestione delle pubbliche commesse (cfr. art. 2 del decreto legislativo n. 36 del 2023, il quale richiama l’importanza dei valori della trasparenza e della

correttezza non solo dell'amministrazione e dei suoi funzionari ma anche dei singoli operatori economici che, per l'appunto, prendono parte alle procedure competitive); c) si è trattato di un comportamento che ha determinato rilevanti danni finanziari alla PA, che ha dovuto esborsare maggiori somme per l'aggiudicazione delle gare "pilotate", e dunque anche alla collettività che, per l'effetto, ha dovuto sopportare maggiori costi da ricollegare a tali intese anticoncorrenziali;

13.3. Pertanto, ad una attenta lettura del provvedimento di esclusione qui gravato emerge come la appellata amministrazione abbia al contrario operato una valutazione piuttosto autonoma, nonché specifica e concreta, circa la vicenda anticoncorrenziale perpetrata ai danni stessi della PA e prima ancora, come appena detto, della collettività che è stata privata di importanti risparmi finanziari;

13.4. Per tali specifiche ragioni, anche tale motivo di appello deve pertanto essere rigettato.

14. Si lamenta la violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto alla sanzione Antitrust si sarebbe aggiunta, per gli stessi identici fatti, anche la sanzione della esclusione dalla gara. Osserva al riguardo il collegio che:

14.1. Sulla base della giurisprudenza europea e comunitaria (cfr. Corte EDU 15 novembre 2016, ric. n. 24130/2011 e n. 29758/2011 nonché Corte di giustizia UE 14 settembre 2023, C-27/22) non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* nelle ipotesi in cui: a) i due procedimenti, pur riguardando la medesima condotta, perseguano comunque scopi diversi e complementari; b) i due procedimenti, seppure oggetto di cumulo, costituiscono in ogni caso il frutto di norme chiare, precise e dunque anche prevedibilmente applicabili; c) i due procedimenti siano svolti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo;

14.2. Tanto doverosamente premesso, la censura non risulta condivisibile in quanto è pur vero che i fatti (accordo di spartizione dei lotti di gara) sono gli stessi ma è anche vero che i due procedimenti cumulati (sanzione antitrust ed

esclusione dalla gara) rispondono a due ben diverse finalità: tutela della libertà di concorrenza, del diritto di iniziativa economica e dello specifico mercato di riferimento per quanto riguarda la sanzione antitrust; tutela della reciproca fiducia nonché rispetto del principio di buona fede, che si concretizzano in comportamenti trasparenti e corretti anche da parte dei singoli operatori economici che partecipano alla gara, nel caso del provvedimento di esclusione. Nel primo caso (sanzione antitrust) oggetto diretto di tutela è il “mercato”; nel secondo la “stazione appaltante” (e, indirettamente, anche i cittadini su cui grava la relativa spesa pubblica che, in caso di intese anticoncorrenziali, è destinata ad essere più elevata proprio per i maggiori prezzi con cui vengono aggiudicate le commesse);

14.3. I due procedimenti traggono origine da due normative altrettanto chiare e prevedibili, dunque ben prospettabili anticipatamente in termini applicativi dai singoli operatori professionali: la legge n. 287 del 1990 per quanto riguarda le sanzioni antitrust; il codice dei contratti (allora art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, il quale contemplava anche l'ipotesi del grave illecito professionale) per quanto riguarda il procedimento di esclusione dalla gara;

14.4. I due procedimenti sono stati svolti in maniera coordinata e ravvicinata atteso che, subito dopo il provvedimento sanzionatorio antitrust del 9 maggio 2019, si è tempestivamente attivato quello di esclusione dalla gara mediante avvio in data 20 giugno 2019 e conclusione il successivo 28 giugno 2019;

14.5. Del resto, ove si ammettesse l'ingresso di tale divieto (*ne bis in idem*) l'ipotesi di esclusione da grave illecito professionale per illecito antitrust (ora peraltro espressamente prevista dall'art. 98 del nuovo codice dei contratti di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023 e, prima ancora, individuata dalla giurisprudenza quale sintomo proprio di grave illecito professionale) non troverebbe mai concreta attuazione, e tanto con conseguente sua indiretta e non voluta ma costante disapplicazione;

14.6. Nei suddetti termini, anche tale motivo di appello deve dunque essere rigettato.

15. Si affronta ora il tema del comportamento mendace che, nei termini che seguono, ha una sua qualche rilevanza. Più in particolare:

15.1. CONSIP, nel motivare il gravato provvedimento di esclusione, fa infatti riferimento sia all'accertato illecito antitrust, sia al fatto che tale illecito non sarebbe stato tempestivamente comunicato alla stessa stazione appaltante (dunque il provvedimento di esclusione è plurimotivato);

15.2. Osserva tuttavia il collegio che un simile obbligo dichiarativo non poteva essere posto in capo alla appellante dal momento che la domanda di partecipazione alla gara scadeva il 4 luglio 2014, laddove AGCM ha avviato il procedimento antitrust soltanto in data 21 marzo 2017;

15.3. L'apertura di tale procedimento antitrust è stata peraltro tempestivamente comunicata, dalla stessa appellante, con due note del 1° dicembre 2017 e del 30 luglio 2018 indirizzate a CONSIP. Dunque il comportamento di parte appellante si è rivelato corretto sotto il profilo delle dovute comunicazioni di rito;

15.4. Ad ogni buon conto, al momento della partecipazione alla gara (luglio 2014) la appellante non poteva essere in grado di autoqualificare il proprio comportamento alla stregua di illecito anticoncorrenziale, né tanto meno di autodenunziarsi in base al noto principio per cui *nemo tenetur se detergere*. La qualificazione del comportamento come anticoncorrenziale spetta infatti alla sola autorità a tanto specificamente preposta, ossia AGCM. Una dichiarazione del genere era in altre parole inesigibile, da parte della PA, al momento della presentazione della domanda di partecipazione;

15.5. Il motivo, poiché trattasi di provvedimento di esclusione plurimotivato, è in sé inammissibile in quanto non può da solo consentire l'accoglimento del gravame (in altre parole: la motivazione sull'illecito antitrust vale da solo a sorreggere la legittimità del provvedimento di esclusione). Le considerazioni sopra comunque svolte hanno tuttavia una loro autonoma rilevanza nella

misura in cui ANAC, nel momento in cui procede alla “annotazione” dei provvedimenti di esclusione nel relativo “casellario informatico dei contratti pubblici” di cui all’art. 222, comma 10, del decreto legislativo n. 36 del 2023 (consultabile da tutte le stazioni appaltanti), è solita riportare tutte le ragioni che hanno indotto le diverse stazioni appaltanti ad adottare simili atti di esclusione. Il motivo resta dunque inammissibile nell’economia della presente decisione ma comunque rilevante ai soli fini della “annotazione” da parte di ANAC la quale dovrà pertanto tenere conto di quanto affermato in questa sede, anche a proposito della accertata assenza di *mendacio*, e tanto proprio sulla base della nuova e diversa segnalazione che CONSIP dovrà inoltrare, alla stessa ANAC, in seguito e per effetto della presente decisione.

16. In conclusione l’appello è infondato, pur con le precisazioni di cui al punto 15 che precede. Con compensazione in ogni caso delle spese di lite stante la peculiarità delle esaminate questioni e del complessivo andamento del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta con le precisazioni di cui alla parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

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

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO