

Pubblicato il 08/04/2022

N. 02629/2022REG.PROV.COLL.

N. 07574/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7574 del 2021, proposto da -OMISSIS-Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Banca D'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ruggero Ippolito, Raffaella Menzella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

-OMISSIS- S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Griselli, Marco Salina, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- S.p.A. e di Banca d'Italia;

Visto l'appello incidentale di Banca d'Italia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Marzot, Menzella, Salina e Sandulli;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha accolto il ricorso proposto dalla -OMISSIS- s.p.a. contro la Banca d'Italia e nei confronti della società -OMISSIS- s.p.a. per l'annullamento del provvedimento n. -OMISSIS-, con cui la Banca d'Italia ha escluso la ricorrente dalla procedura aperta indetta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n.50 del 2016 per l'affidamento dei servizi di pulizia, sanificazione ambientale e prestazioni accessorie presso gli stabili di Roma Centro, adducendo la sussistenza a suo carico di un grave illecito professionale.

1.1. L'accoglimento del ricorso ha comportato l'annullamento del provvedimento impugnato, pronunciato dal tribunale *“con salvezza di ogni altra e motivata determinazione dell'Amministrazione ai fini della prosecuzione del procedimento di gara”*.

1.2. Il ricorso incidentale proposto dalla società -OMISSIS-, per dedurre motivi di esclusione della -OMISSIS- diversi ed ulteriori rispetto a quello ritenuto dalla stazione appaltante (riservandone la formulazione a seguito dell'accesso agli atti sollecitato ai sensi dell'art. 116 Cod. proc. amm.), è stato dichiarato inammissibile perché il rimedio processuale è stato attivato dalla società ricorrente incidentale in mancanza di un provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente principale e della documentazione concernente l'offerta della società -OMISSIS-,

della quale la stazione appaltante aveva differito l'ostensione ex art. 53, comma 2, lett. c) e d), del d.lgs. n. 50 del 2016.

1.3. Le spese processuali sono state compensate per la sussistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali sulle questioni di diritto oggetto della decisione.

2. Avverso la sentenza la società-OMISSIS-ha proposto appello con due motivi concernenti l'accoglimento del ricorso principale ed un terzo motivo concernente la dichiarazione di inammissibilità del ricorso incidentale.

2.1. L'impresa -OMISSIS- si è costituita per resistere all'appello, riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. il quinto e il sesto motivo del ricorso introduttivo, non esaminati in primo grado.

2.2. La Banca d'Italia ha proposto ricorso incidentale con due motivi avverso l'accoglimento del ricorso proposto da -OMISSIS-.

2.3. All'udienza del 20 gennaio 2022 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche di tutte le parti.

2.4. In rito, va preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello principale sollevata dalla società appellata -OMISSIS- per asserito difetto di legittimazione all'impugnazione in capo alla società -OMISSIS-, prima ed indipendentemente dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

2.4.1. L'appellante principale è stata parte del giudizio di primo grado, in quanto evocata come tale dalla stessa -OMISSIS-, nonché controinteressata rispetto alla domanda di annullamento del provvedimento di scorrimento della graduatoria adottato dalla stazione appaltante, oggetto dell'ultimo motivo di ricorso.

Nei suoi confronti è stata inoltre pronunciata la dichiarazione di inammissibilità dell'appello incidentale.

2.4.2. L'appello principale della società-OMISSIS-è perciò ammissibile, ai sensi dell'art. 102, comma 1, Cod. proc. amm., secondo cui possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado.

3. Nel merito, in punto di fatto va premesso che:

- la stazione appaltante ha addebitato alla società ricorrente, -OMISSIS-, un “grave illecito professionale” per una condanna non definitiva riportata dal dott. -OMISSIS-, uno degli amministratori con poteri congiunti della società -OMISSIS-s.l. che era il socio unico di -OMISSIS- al momento della presentazione dell’offerta; la condanna era stata inflitta per bancarotta fraudolenta di altra società, ovvero la -OMISSIS-srl (operante nel settore della realizzazione e commercializzazione impianti di energia; mentre la gara di cui si discute attiene a servizi di pulizia e sanificazione);
- la stessa -OMISSIS-, all’atto della partecipazione alla gara, dando atto della propria composizione societaria, aveva riferito che a carico dell’amministratore congiunto di -OMISSIS- (socio unico della -OMISSIS-), dott. -OMISSIS-, pendeva procedimento penale presso il Tribunale di Milano per bancarotta fraudolenta in relazione al fallimento della -OMISSIS-, della quale il dott. -OMISSIS- era stato prima liquidatore e poi amministratore fino a gennaio 2015;
- dopo l’istruttoria sul punto, la stazione appaltante ammetteva la -OMISSIS- alla gara (lotto 2) senza alcuna riserva (provvedimento del 28.10.2019);
- a seguito della formazione della graduatoria delle offerte, nella quale -OMISSIS- risultava prima, la stazione appaltante chiedeva aggiornamenti sulla situazione del dott. -OMISSIS-, che -OMISSIS- riscontrava fornendo l’intervenuta pubblicazione del dispositivo della sentenza del Tribunale di Milano che assolveva l’imputato da due delle imputazioni e lo condannava per la terza (bancarotta fraudolenta per violazione degli obblighi di natura previdenziale e tributaria);
- -OMISSIS- precisava, inoltre, che: -OMISSIS- non era più socio unico e nel frattempo era divenuta socio di minoranza; il dott. -OMISSIS- non rientrava nel novero dei soggetti contemplati nell’art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016; non

ricorrevano le condizioni del menzionato art. 80, comma 1 e 2, perché la sentenza era non definitiva e riguardava ipotesi di reato diverse da quelle di cui al comma 1;  
- seguiva il deposito delle motivazioni della sentenza penale e, in data 12.4.2021, perveniva l'esclusione della ricorrente dalla gara per sussistenza di grave illecito professionale (art. 80, comma 5, lett. c, del *Codice dei contratti pubblici*).

3.1. Le questioni principali poste dal ricorso introduttivo sono le seguenti:

I) l'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 non menziona, per i fini ivi previsti, il socio unico persona giuridica, ma soltanto il socio unico persona fisica (I motivo);

II) l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, riferisce il "grave illecito professionale" soltanto all'«operatore economico» partecipante alla gara, non anche ai soggetti persone fisiche al medesimo riconducibili; quando l'illecito professionale è portato da una condanna penale, l'art. 80, comma 3, prevede l'ampliamento del novero dei soggetti le cui condotte possono influire in modo ostativo alla partecipazione alle gare solo per le ipotesi "di cui ai commi 1 e 2" (II motivo);

III/IV) il provvedimento di esclusione è frutto di "un'erronea presunzione di automatismo" per cui la condanna di un amministratore congiunto della persona giuridica socio unico della società non potrebbe che "contagiare" anche quest'ultima, sicché non vi sarebbe stata alcuna istruttoria e sarebbero state trascurate circostanze che avrebbero dovuto condurre la stazione appaltante alla soluzione opposta (III e IV motivo);

V) il procedimento sarebbe stato condotto dalla stazione appaltante in violazione del principio del contraddittorio e concluso con un provvedimento sproporzionato (V motivo).

4. Il primo dei motivi dell'appello principale e di quello incidentale riguardano la prima questione.

4.1. In proposito il tribunale ha dato atto del contrasto giurisprudenziale nei seguenti termini:

*<< Secondo l'orientamento di una parte di giurisprudenza, non è dovuta, ai sensi dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016, la dichiarazione sulla mancanza di cause d'esclusione da parte del socio unico persona giuridica, prevedendo la disposizione che siffatta dichiarazione sia resa dal solo socio unico persona fisica (TAR Palermo, 17 luglio 2021, n. 612; T.A.R. Firenze, sez. III, 05/03/2020, n. 279; T.A.R. Roma, sez. I, 16/01/2020, n. 509; TAR Roma, sez. II-ter, 17 giugno 2019, n. 7836; Consiglio di Stato, sez. III, 21/07/2017, n. 3619 ed altre).*

*A favore dell'orientamento "estensivo", depongono ordini di ragioni volte ad assicurare una parità di trattamento a situazioni ritenute uguali in funzione della garanzia di tutela della S.A. (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813 e Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n.3178, richiamate da Banca d'Italia; cfr. anche T.A.R. , Milano , sez. IV, 05/12/2019 , n. 2598).>>.*

4.1.1. Dopo avere sollecitato un intervento dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, il giudice di primo grado ha ritenuto di aderire al primo orientamento, sia per la prevalenza da accordare all'interpretazione strettamente letterale della disposizione, sia per scongiurare un "ruolo (espansivo dei poteri) del giudice", a fronte di una norma "univoca" ed avente il medesimo testo del precedente normativo dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163 del 2006 (che, malgrado il contrasto giurisprudenziale esistente già nel vigore di quest'ultima, il legislatore non ha inteso modificare, in quanto "frutto di sintesi di opposte esigenze (quelle di speditezza e celerità nei controlli di gara e quelle di certezza e prevedibilità del comportamento degli operatori, nonché l'esigenza di assicurare in concreto, sotto tali aspetti, l'applicazione del principio di tassatività delle fattispecie di esclusione)").

4.2. Gli appellanti criticano detta interpretazione, osservando, in via principale, che la formulazione letterale dell'art. 80, comma 3, condurrebbe ad un risultato diametralmente opposto a quello sostenuto dalla -OMISSIS-, atteso che il

legislatore, con riferimento al “socio di maggioranza” non ha incluso alcuna specificazione in relazione alla natura giuridica del socio, con la conseguenza che l’espressione testuale varrebbe tanto per la persona fisica quanto per la persona giuridica; a sostegno di questa interpretazione (afferzata già nel vigore dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006: cfr. Cons. Stato, V, 30 giugno 2017, n. 3178) deporrebbero l’art. 45 della direttiva 2004/18/CE e l’art. 57 par. 1, ultimo periodo, della direttiva 2014/24/UE.

4.2.1. Aggiungono che già vigente la vecchia norma la giurisprudenza affermava che l’espressione “socio di maggioranza” analoga alla presente, fosse riferibile anche al socio di maggioranza persona giuridica e non solo persona fisica, anche per evitare la facile elusione della disciplina legislativa (Cons. Stato, n. 2813/2016 e n. 3178/2017 ed altre) e che s’imporrebbe l’obbligo di accertamento dei requisiti morali in capo a soggetti che si trovano nella posizione di esercitare un potere di decisione e di controllo (in quanto socio unico ed in quanto socio persona giuridica, trattandosi di società collegata in cui potrebbero annidarsi irregolarità elusive degli obiettivi di trasparenza perseguiti).

Peraltro, nel caso di specie, la motivazione del provvedimento sarebbe congrua ed adeguata, come da ulteriore motivo di censura (su cui infra).

4.2.2. La difesa della stazione appaltante, richiamando i precedenti giurisprudenziali favorevoli all’interpretazione posta a base sia del provvedimento impugnato che dell’appello incidentale, svolge ulteriori considerazioni in merito alla conformità di questa interpretazione ai criteri dettati dall’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, osservando che se il legislatore ha ritenuto di non dover includere alcuna specificazione in relazione alla natura di persona fisica o giuridica del “socio di maggioranza” delle società a base c.d. ristretta, posto in posizione dominante rispetto agli altri, allora, in forza di un’interpretazione sistematica e teleologica della norma in linea con l’art. 12 delle preleggi, non si potrebbe che pervenire alla

medesima conclusione in riferimento al socio unico, che, a prescindere dall'essere persona fisica o giuridica, determina e condiziona la volontà, le scelte e l'operatività della società controllata.

5. Il secondo motivo dell'appello principale e quello corrispondente dell'appello incidentale attengono all'interpretazione dell'art. 80, commi 3 e 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché al correlato obbligo motivazionale della stazione appaltante.

5.1. La sentenza di primo grado prende le mosse dalla censura della ricorrente - OMISSIS- secondo cui la stazione appaltante avrebbe illegittimamente esteso l'applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, considerando grave illecito professionale della (società che controlla la) concorrente la condanna subita da un amministratore, laddove la norma riferisce la circostanza ed il presupposto espulsivo ad una condotta dell'«operatore», non già del proprio amministratore (o, ancora di più, dell'amministratore della controllante persona giuridica).

5.1.1. Il primo giudice ha ritenuto fondata la censura.

Ha quindi disatteso la regola giurisprudenziale, seguita dalla stazione appaltante, meglio descritta come “teoria del contagio” (Cons. Stato, n. 3507/2020), interpretata dal T.a.r. nel senso che un comportamento illecito di un amministratore di una persona giuridica, in grado per la sua posizione di determinarne le scelte, non può che considerarsi illecito riconducibile alla stessa persona giuridica e tale condizione è suscettibile di estendersi, viziandone la partecipazione, anche ad altre persone giuridiche che dalla prima siano controllate.

La sentenza confuta questa impostazione, osservando che si risolverebbe nella creazione di una regola giurisprudenziale che *“a tacere della sua reale ragionevolezza (nella sua applicazione più estrema appare espressione di una cultura di sospetto, più che di legalità), non trova fondamento nella legge, la quale è chiara (ed inequivoca) nel riferire la necessità di accertare il grave illecito professionale in capo all'«operatore» che partecipa alla gara”*.

5.1.2. Il primo giudice, pur riconoscendo che la fattispecie dell'art. 80, comma 5, lett. c), è fattispecie "aperta", accertabile dalla stazione appaltante con "ogni mezzo", osserva che il relativo giudizio non può prescindere da una motivazione "forte" adeguata alle circostanze del caso concreto e senza automatismi "*come invece la tesi del contagio nella sua accezione assoluta (ossia sganciata dal contesto concreto) finisce con l'implicare*".

5.1.3. Ad avviso del tribunale, la Banca d'Italia si sarebbe limitata ad inferire l'inattendibilità professionale della ricorrente -OMISSIS- soltanto in dipendenza dei reati (pur indubbiamente gravi) per i quali è stato condannato l'amministratore di altra società, a sua volta socio unico della -OMISSIS-, realizzando un "mero automatismo" fra il reato dell'amministratore (che peraltro quest'ultimo ha dichiarato voler contestare in appello) e la posizione della concorrente.

5.2. Avverso detta motivazione, gli appellanti, principale e incidentale, svolgono sostanzialmente le medesime censure (sia pure con diverso ordine espositivo), distinte in due principali gruppi di argomenti.

5.2.1. Col primo si critica la decisione di accoglimento del motivo di ricorso concernente l'interpretazione, in diritto, dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, sostenendo che il requisito di moralità si dovrebbe valutare con riferimento alle condotte di tutti i soggetti in grado orientare le scelte del concorrente, come da precedenti giurisprudenziali richiamati (Cons. Stato, V, 3 dicembre 2018, n. 6866; 12 marzo 2019, n. 1649; 4 giugno 2020, n. 3507; 7 novembre 2020, n. 7471) ed in conformità alla normativa comunitaria (considerando n. 14 e n. 101 della direttiva 2014/24/UE) ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sentenza 19 giugno 2019 in causa C-41/18), nonché, infine, alle Linee Guida Anac n. 6, aggiornate con delibera del Consiglio dell'Autorità dell'11 ottobre 2017 n. 1008. In particolare, l'appellante principale propugna una lettura ampia della fattispecie dell'art. 80, comma 5, lett. c), che assume coerente con la disciplina eurounitaria ed il suo significato sostanziale; con la conseguenza che l'interpretazione della

fattispecie non potrebbe farsi secondo canoni di letterale tassatività su cui molto ha insistito la parte ricorrente in primo grado, ma secondo canoni teleologici e di finalità della norma, che è norma di chiusura del sistema, volta ad attribuire all'amministrazione una posizione di potere/responsabilità, peraltro suscettibile di rigoroso controllo.

La Banca d'Italia, appellante incidentale, contesta, a sua volta, l'affermazione del primo giudice che la ragione essenziale che avrebbe condotto l'istituto all'esclusione della ricorrente si sarebbe limitata ad un mero automatismo per effetto del reato dell'amministratore, evidenziando come la disposizione in esame non fornisca specifiche ed espresse indicazioni sui soggetti da considerare nel contesto dell'impresa concorrente; di qui il riferimento all'art. 80, comma 3, che enuncia i ruoli di direzione e controllo, nell'ambito delle varie tipologie societarie, rilevanti per l'operatività delle cause di esclusione (con l'unica differenza che, per i reati di cui ai comma 1 e 2, l'esclusione dell'operatore economica è obbligata, mentre per altre fattispecie penali è discrezionale, ai sensi del comma 5, lett. c), come da precedenti del Consiglio di Stato sopra citati, nonché dalle Linee guida ANAC n. 6.

5.2.2. Entrambe le appellanti contestano, inoltre, che l'esclusione della -OMISSIS- sia stata frutto di un c.d. doppio automatismo da parte della stazione appaltante, deducendo che invece la Banca d'Italia ha compiuto un'ampia ed approfondita istruttoria, consistente in ben tre richieste di informativa, ed ha adeguatamente motivato in merito alla valutazione dell'incidenza del reato sulla moralità professionale, alla stregua dei seguenti elementi:

- 1) colpevolezza per il delitto di bancarotta fraudolenta, in concorso con altri due amministratori *pro-tempore* di -OMISSIS- s.r.l.;
- 2) carattere reiterato e sistematico delle omissioni previdenziali e tributarie riconosciute in capo al -OMISSIS-;
- 3) condanna alla pena di tre anni e otto mesi di reclusione, oltre alle pene accessorie;

- 4) carattere doloso dell'omesso versamento degli oneri previdenziali e tributari;
- 5) concorso nella sistematica evasione, anche in assenza di cariche formali all'interno della -OMISSIS- s.r.l.;
- 6) omesso versamento di oneri previdenziali e tributari per un totale di € 2.211.130,29, corrispondente a più della metà del passivo fallimentare complessivamente considerato;
- 7) la circostanza che il -OMISSIS- era "*colui che si occupava eminentemente della parte contabile e amministrativa della fallita*".

5.3. Dalle censure esposte entrambe le appellanti, principale e incidentale, desumono la rilevanza (esclusa invece dal primo giudice) di un'eventuale questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2013, nella parte in cui non menziona il socio unico persona giuridica, ma ne sostengono la manifesta infondatezza trattandosi di lacuna colmabile per via interpretativa e, per contro, denunciano che sarebbe invece sospetta di violazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione l'interpretazione della stessa norma sostenuta nella sentenza appellata.

6. I motivi sono fondati, nei limiti e per le ragioni di cui appresso.

6.1. La portata non univoca dell'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte qui in contestazione, è evidente e riscontrata dal contrasto giurisprudenziale del quale anche la sentenza di primo grado dà conto.

V'è da rilevare che, pur trattandosi di contrasto già presente nel vigore dell'identica disposizione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, esso è risolto dalla più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato preferendo, in via prevalente, l'interpretazione strettamente letterale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 306, nonché, tra le altre, Cons. Stato, 26 ottobre 2020, n. 6530; 2 ottobre 2020, n. 5782; 7 settembre 2020, n. 5370; 20 novembre 2019, n. 7922).

Si tratta però di giurisprudenza che si è formata con riguardo alla questione della sussistenza di un corrispondente obbligo dichiarativo, ai sensi dell'art. 80, comma 5,

lett. c-bis (già lett. c, secondo periodo), del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod., sicché - a tutela dell'affidamento del concorrente sull'estensione di un obbligo siffatto, non esattamente delineato nella sua portata (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16) - appare coerente una lettura restrittiva della norma dalla quale l'obbligo dichiarativo è fatto derivare.

Nel caso di specie, tuttavia, la questione non si pone affatto nei termini risolti dalla menzionata giurisprudenza.

Non è in discussione che la -OMISSIS- abbia adempiuto all'obbligo dichiarativo inteso nella sua più ampia accezione, così estensivamente interpretando anche la clausola del disciplinare meramente riproduttiva delle disposizioni del *Codice dei contratti pubblici* e quindi dichiarando, già al momento della domanda di partecipazione alla gara, la pendenza del procedimento penale nei confronti dell'amministratore del socio unico persona giuridica -OMISSIS-.

Di qui l'irrilevanza sia della permanenza di attuali profili di contrasto interpretativo dell'art. 80, comma 3, relativamente all'obbligo dichiarativo, sia della questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo (che risulta perciò priva di rilevanza, ma per una ragione diversa da quella ritenuta dal primo giudice).

Si ritiene pertanto di prescindere dal deferimento all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, pur prospettato dalle parti appellanti (oltre che auspicato dal tribunale), e di disattendere la questione di legittimità costituzionale dell'articolo in esame, così come in subordine sollevata dalle stesse parti.

6.2. Dirimente ai fini della presente decisione è soltanto la questione interpretativa dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che la Banca d'Italia ha posto a fondamento della propria valutazione di inaffidabilità della concorrente società -OMISSIS-.

6.2.1. Va, in primo luogo, respinta l'interpretazione della norma che riferisce la valutazione della stazione appaltante al solo "operatore economico" partecipante

alla gara, escludendo, nel caso in cui si tratti di persona giuridica, la valutabilità di condotte riferibili alle persone fisiche che ne abbiano la rappresentanza o che rivestano posizioni di direzione o controllo.

In proposito, è corretto il richiamo delle appellanti ai principi affermati dalle Linee Guida dell'Anac n. 6 (adottate con delibera del 16 novembre 2016, n. 1293, ed aggiornate con successiva delibera 11 ottobre 2017, n. 1008) e ribaditi, tra le altre, dalla sentenza di questa Sezione V, 4 giugno 2020, n. 3507.

Giova tuttavia precisare quanto segue.

Rientrano nell'ambito dei gravi illeciti professionali sia le condotte imputabili direttamente all'operatore economico persona giuridica (es. le risoluzioni contrattuali, le penali, le annotazioni nel casellario informatico) sia i comportamenti posti in essere da persone fisiche ma riferibili all'impresa, ed in particolare le condotte penalmente rilevanti, poiché altrimenti queste ultime non sarebbero mai utili per decidere dell'affidabilità dell'operatore ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del *Codice* dato che la responsabilità penale riguarda le sole persone fisiche e non anche le imprese; ciò che sarebbe evidentemente contrario alla logica ed alla *ratio* della disposizione, trattandosi di condotte a rilevanza penale che, se realizzate dagli esponenti di cui l'impresa si avvale per operare sul mercato, incidono necessariamente sulla sua affidabilità.

Siffatta interpretazione estensiva della nozione di "operatore economico" è basata, secondo le Linee Guida, sul principio di immedesimazione organica, per il quale sono imputate all'ente le azioni poste in essere dai propri organi nel suo interesse e, tra queste, appunto, le condotte penalmente rilevanti.

La sentenza n. 3507/2020, richiamando il precedente della stessa Sezione V, 3 dicembre 2018, n. 6866, afferma, a sua volta, che la società può 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 precisa che "*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” [...], secondo il quale “se la persona fisica che nella compagine sociale riveste un ruolo influente per le scelte della società, anche al di là di un’investitura formale e, dunque, anche se in via di fatto, è giudicata inaffidabile per aver commesso un illecito nella pregressa 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.”.*

Orbene, malgrado il riferimento alla nozione non strettamente giuridica, ma molto suggestiva, del “contagio”, che la sentenza illustra in alternativa a quella di immedesimazione organica, si ritiene che il giudizio di affidabilità/inaffidabilità da esprimersi da parte della stazione appaltante rinvenga il proprio fondamento comunque nel principio di immedesimazione organica.

Tale giudizio, infatti, pur non muovendo dal presupposto che la condotta penalmente rilevante posta in essere dalla persona fisica vada ascritta (anche) all’operatore giuridico in forma societaria in forza dell’immedesimazione dei suoi organi, si fonda sulla constatazione che essa sia espressione di carenza di integrità e di affidabilità di quelle persone fisiche che, per i poteri di direzione, vigilanza o controllo che conseguono ai ruoli rivestiti in ambito societario, sono in grado di compromettere l’integrità e l’affidabilità dell’operatore economico concorrente incrinando il rapporto fiduciario con la stazione appaltante.

Ne consegue che, per un verso, non sono pertinenti i rilievi svolti dalla ricorrente - OMISSIS- con riguardo alle disposizioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che concernente appunto la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, quale precipitato diretto del principio di immedesimazione organica; per altro verso, tale principio, pur non operando, nella valutazione ex art.

80, comma 5, lett. c), mediante la riferibilità dell'illecito penale direttamente alla società (come sembrano presupporre le Linee Guida Anac), consente tuttavia l'estensione a quest'ultima del giudizio negativo di moralità della persona fisica che per la società decide o agisce, quale organo appunto della persona giuridica, determinando il fenomeno descritto come "contagio".

In definitiva, la portata meramente descrittiva della c.d. teoria del contagio e la sua riconducibilità, in ultima analisi, al principio giuridico dell'immedesimazione organica consentono di condividere le seguenti conclusioni raggiunte nella citata sentenza n. 3507/2020, in linea di continuità con la precedente giurisprudenza amministrativa (e fatte proprie dalla Banca d'Italia nel provvedimento impugnato):

- 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 (così Cons. Stato, V, n. 3507/2020, che cita la Corte di Giustizia dell'Unione europea, 20 dicembre 2017 nella causa C-178/16 Impresa di costruzioni ing. E. Mantovani s.p.a., 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, V, 12 marzo 2019, n. 1649);

- 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 (così sempre Cons. Stato, V, n. 3507/2020, che cita Cons. Stato, 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.”*).

Giova precisare che la c.d. teoria del contagio, intesa nei termini fin qui esposti, non postula affatto l'attribuzione automatica dell'illecito penale dell'amministratore alla persona giuridica stessa ed alle altre persone giuridiche che da questa siano controllate (secondo quanto si legge nella sentenza di primo grado: punto V), ma si limita a rendere possibile l'apprezzamento della condotta penale del primo da parte della stazione appaltante ai fini del giudizio di affidabilità della seconda e delle sue controllate, mediante una lettura sistematica e teleologica della nozione di “operatore economico” contenuta nella norma di riferimento.

6.3. Se è pressoché univoca in giurisprudenza quest'ultima interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), più controversa è invece la questione concernente il rapporto della disposizione col precedente comma 3, anche perché risente delle incertezze interpretative di quest'ultimo (nella parte, esaminata trattando del primo motivo, in cui si riferisce al *“socio unico persona fisica, ovvero ...[al]...socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a 4”* se si tratta di società di capitali).

Infatti, le Linee Guida Anac n.6 e la giurisprudenza maggioritaria tendono a sovrapporre le due disposizioni o ad individuarne a reciproco fondamento una logica *“perfettamente simmetrica”*, nel senso 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”* (Linee Guida Anac, paragrafo 3.1) e quindi *“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*" (così Cons. Stato, V, n. 3507/2020; cfr., nello stesso senso, tra le altre Cons. Stato, V, 29 gennaio 2020, n. 728).

L'affermazione non convince del tutto, se intesa, secondo quanto presuppone la ricorrente in primo grado -OMISSIS-, come volta ad introdurre un limite normativo all'ampia discrezionalità sancita invece dall'art. 80, comma 5, lett. c), che, in linea con le previsioni della direttiva 2014/24/UE, consente alla stazione appaltante di dimostrare la sussistenza di gravi illeciti professionali dell'operatore economico *"tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"* con l'unico limite che la dimostrazione avvenga con *"mezzi adeguati"*.

6.3.1. Secondo consolidata giurisprudenza, la circostanza che l'operatore economico si sia reso *"colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità"* costituisce un tipico concetto giuridico indeterminato e la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extra-giuridici (Cons. Stato, III, 11 giugno 2019, n.3908 e id. 22 luglio 2021, n. 5517, tra le altre).

Si tratta, come sottolineato dalle appellanti e come d'altronde riconosciuto anche nella sentenza di primo grado (laddove precisa trattarsi di una fattispecie *"aperta"*, accertabile dalla stazione appaltante con *"ogni mezzo"*), di una norma di chiusura del sistema, volta ad attribuire alla stazione appaltante una posizione di potere/responsabilità, il cui esercizio richiede adeguata motivazione, poiché suscettibile di controllo giurisdizionale secondo i noti criteri di giudizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

Così come non sono ivi tipizzati i gravi illeciti professionali che possono condurre all'esclusione dell'operatore economico concorrente (avendo le ipotesi elencate nella stessa disposizione mero carattere esemplificativo, di talché la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti professionali" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa: cfr. *ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 586; V, 25 gennaio 2019, n. 591; V, 3 gennaio 2019, n. 72; III, 27 dicembre 2018, n. 7231), nemmeno vi sono indicati i soggetti le cui condotte sono rilevanti in caso di operatore economico avente forma societaria.

Essendo insito nella *ratio* della disposizione che debba trattarsi di soggetti che siano in grado di determinare o di condizionare le scelte dell'impresa, è gioco forza ritenere che, per le società di capitali, rilevino le condotte dei membri degli organi aventi poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, nonché dei soci in posizione equivalente, senza però escludere soggetti che, pur formalmente non rientranti nell'appena sintetizzata elencazione dell'art. 80, comma 3, o non aventi per statuto i poteri contemplati in tale disposizione, si trovino in una posizione che consente loro, anche in via di fatto, di orientare l'operato della società (cfr. Cons. Stato, V, 7 novembre 2020, n.7471).

In definitiva, non sussiste alcun collegamento necessario tra il comma 5 ed il comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. n.50 del 2016, pur dovendosi ammettere che la posizione dei soggetti elencati nel comma 3 renda più agevoli la verifica e l'onere motivazionale della stazione appaltante in ordine alla capacità della persona fisica di influenzare le scelte della persona giuridica concorrente, ma non esclude che si riconosca la stessa capacità in capo a soggetti letteralmente non considerati (come è per il socio unico persona giuridica e come accaduto nel caso di specie).

6.3.2. Si tratta di un'impostazione sostanzialistica compatibile con la previsione "aperta" dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 e conforme alla normativa ed alla giurisprudenza euro-unitarie, in specie al *considerando* n. 101 ed all'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE, come interpretato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE 19 giugno 2019 in causa C-41/18, richiamata dall'appellante principale.

Il *considerando* n. 101 ribadisce la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di "escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale."; quindi chiarisce che "una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale. [...]"

L'art. 57, par. 4, lett. c), contiene poi la medesima previsione che è stata trasposta nell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

La Corte di Giustizia UE, valorizzando il *considerando* n. 101 e interpretando l'art. 57, par. 4, ha, per quanto qui rileva, osservato che:

- dal testo della disposizione risulta che *“il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale”* (par. 28);
- *“la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti, come dimostrano l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), nonché il considerando 101 della direttiva 2014/24”* (par. 29);
- *“[...] questi due motivi di esclusione si basano su un elemento essenziale del rapporto tra l'aggiudicatario dell'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice, vale a dire l'affidabilità del primo, sulla quale si fonda la fiducia che vi ripone la seconda. In tal senso, il considerando 101, primo comma, della direttiva in parola prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere gli «operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili», mentre il suo secondo comma prende in considerazione, nell'esecuzione degli appalti pubblici precedenti, «comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico»”* (par. 30).

Alla luce delle coordinate ermeneutiche fornite dal giudice europeo, può condividersi l'affermazione, contenuta nella sentenza appellata, che, essendo consentito alla stazione appaltante di accertare “con ogni mezzo” (*rectius*, dimostrare “con mezzi adeguati”) l'illecito professionale grave, il suo esercizio non possa prescindere da una motivazione “forte”, adeguata alle circostanze del caso concreto e senza automatismi (punto V.a della motivazione).

Tuttavia, le affermazioni della Corte di Giustizia non smentiscono affatto, ma anzi corroborano, la giurisprudenza nazionale sia in punto di “atipicità” del fatto rilevante sia in punto di possibile apprezzamento delle condotte a rilevanza penale delle persone fisiche che abbiano poteri, anche di fatto, di direzione o controllo dell'impresa in forma societaria.

7. In definitiva, in ordine ad entrambi i profili della relativa valutazione, il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente un sindacato sulla motivazione, nel

senso che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce delle ragioni articolate dalla stazione appaltante nella motivazione del provvedimento, la valutazione non sia connotata da illogicità, irrazionalità, abnormità o, comunque, da travisamento dei fatti (cfr., tra le altre, Cons. Stato V, 6 aprile 2020, n. 2260).

Riguardo al contenuto della valutazione, la giurisprudenza nazionale, in linea con i principi ribaditi dalla Corte di Giustizia, ha messo in luce che l'ampia discrezionalità dell'amministrazione è fondata sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei propri rapporti contrattuali fin dal momento genetico e che, di conseguenza ai fini dell'esclusione di un concorrente, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede, connotata dall'elemento psicologico della colpa grave e da lesività non di scarsa entità, che rilevi sulla moralità e affidabilità dell'impresa (ex multis, Cons. Stato, V, 17 settembre 2018, n.5424).

7.1. In tale prospettiva non è condivisibile il rilievo del primo giudice secondo cui, nel caso di specie, si sarebbe dovuto indagare in concreto se la società con socio unico fosse <<*uno schermo "intenzionale" volto a dissimulare che l'amministratore condannato sia effettivamente il "dominus" della concorrente in gara (in tutto o in maniera sufficiente a condizionarne le scelte)*>>.

Piuttosto il controllo giurisdizionale sulla motivazione del provvedimento di esclusione della -OMISSIS- va effettuato al fine di verificare se vi sia contenuto il giudizio di affidabilità della società e se tale giudizio, alla stregua dei noti criteri sopra enunciati, sia illogico, contraddittorio, abnorme o travisato.

7.1.1. La sola lettura del provvedimento di esclusione consente di dare risposta affermativa alla prima questione.

Banca d'Italia ha chiaramente espresso un giudizio di inaffidabilità della società - OMISSIS-, basandosi sul contenuto della sentenza di condanna a carico

dell'amministratore della -OMISSIS- -OMISSIS-, suo unico socio all'epoca della partecipazione alla gara. In particolare, ha individuato quali elementi decisivi per tale giudizio di inaffidabilità, per un verso, il tipo e la gravità del reato accertato in sentenza, strettamente connesso ai poteri di amministrazione della società (sia giustificati dalle cariche sociali, che esercitati in via di fatto dopo la cessazione di queste ultime) ed in sostanza idoneo a concorrere al fallimento della -OMISSIS-s.r.l., conducendo la società “*verso una situazione di crisi finanziaria irreversibile*” (riscontrata dal consistente importo dei versamenti omessi a fronte del passivo fallimentare); per altro verso, il ruolo rivestito dall'imputato dott. -OMISSIS-, sia nella società amministrata che, per il tramite di questa, nella -OMISSIS-, in qualità di amministratore del socio unico, avente diritto di voto in assemblea.

7.1.2. Il giudizio di inaffidabilità della stazione appaltante non appare manifestamente illogico od arbitrario, per le ragioni ben evidenziate da entrambe le parti appellanti, che possono compendiarsi nella considerazione che non è, in sé, irragionevole la prognosi di inaffidabilità operata da Banca d'Italia nei confronti della -OMISSIS-, non potendosi escludere che il *modus operandi* del dott. -OMISSIS-, descritto nella sentenza penale, relativo alla gestione di altra società, potesse essere replicato nella gestione della ricorrente, tramite l'influenza esercitabile dallo stesso dott. -OMISSIS- in qualità di amministratore del socio unico, considerato il carattere doloso, reiterato e sistematico delle omissioni fiscali e contributive ascrittegli, che ne hanno comportato la condanna alla pena principale di anni tre e mesi otto di reclusione, oltre alle pene accessorie.

In sintesi, non si evince affatto dal provvedimento impugnato - contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente e ritenuto dal primo giudice - che l'esclusione si fondi su “un'erronea presunzione di automatismo” per la quale l'impresa concorrente sarebbe stata ritenuta “contagiata” dalla condanna dell'amministratore della persona giuridica socio unico.

Piuttosto è evincibile dal tenore complessivo della motivazione del provvedimento impugnato che i motivi di fatto e di diritto di tale condanna, come esplicitati nella sentenza, pur non definitiva, del tribunale penale, siano (stati ritenuti) idonei ad incrinare la fiducia dell'amministrazione nei confronti della società, in quanto partecipata dall'unico socio, amministrato dall'imputato ritenuto colpevole del reato di bancarotta fraudolenta, commesso nell'esercizio di analogo attività professionale; ciò anche considerato che la stazione appaltante ha ragionevolmente argomentato che *“alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, codesta Società era posseduta interamente dal socio unico persona giuridica -OMISSIS-SL in cui il sig. -OMISSIS- rivestiva la carica di amministratore congiunto, come detto dotato di poteri di rappresentanza e con effettivi poteri di gestione e condizionamento di entrambe le Società (la controllante e la controllata)”*. Trattasi di argomentazione che, oggettivamente fondata sullo *status* del socio unico e sui diritti amministrativi riconosciuti al socio (quindi ai suoi rappresentanti) dalla disciplina in materia societaria (*in primis*, quelli di nomina e revoca degli amministratori e dei sindaci), non necessitava di alcuna ulteriore dimostrazione di effettiva ingerenza nelle condotte societarie, contrariamente a quanto assume l'appellata -OMISSIS-.

7.2. La società ricorrente in primo grado oppone inoltre che l'amministrazione avrebbe omesso di considerare altre circostanze “essenziali”, che l'avrebbero dovuta condurre ad una soluzione diametralmente opposta.

In primo luogo, evidenzia che:

- il *curriculum* professionale dell'impresa -OMISSIS- è assolutamente privo di mende, nel presente e nel passato, e peraltro ben noto alla Banca d'Italia, in quanto la società è stata esecutrice del medesimo servizio di pulizia dei locali dell'istituto, in qualità di consorziata di CNE, senza che la stessa stazione appaltante né altre abbiano mai mosso alcun rilievo in ordine all'integrità morale ed alla capacità professionale; in

particolare, -OMISSIS- è stata sempre in regola dal punto di vista fiscale e contributivo;

- il dott. -OMISSIS- ha definitivamente cessato ogni incarico in -OMISSIS- e comunque quest'ultima è divenuta socio di minoranza di -OMISSIS-.

In aggiunta, sottolinea che:

- il dott. -OMISSIS- rivestiva in -OMISSIS- il ruolo di amministratore congiunto e pertanto ogni potere di gestione della società era subordinato alla preventiva condivisione delle scelte con l'altro amministratore;

- la condanna penale riportata dal dott. -OMISSIS- non riguarda la sua attività quale amministratore di -OMISSIS-, bensì altra vicenda relativa al fallimento (nel 2016) di una società terza (la -OMISSIS-srl), operante in differente ambito commerciale e di cui il dott. -OMISSIS- era stato prima liquidatore e poi amministratore fino al gennaio del 2015;

- le condotte penali attribuite al dott. -OMISSIS- sono risalenti nel tempo, avendo ricoperto cariche sociali in -OMISSIS- fino al gennaio 2015, quindi ben oltre il triennio antecedente la gara *de qua*, bandita nel febbraio 2019.

7.2.1. Le obiezioni della società esclusa non sono sufficienti a ritenere la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà del giudizio di inaffidabilità della stazione appaltante. Si è già detto dell'inutilità allo scopo della distinzione tra la condotta integerrima della società e la condotta riprovevole della persona fisica che ne ha la direzione o la capacità di orientarne le scelte, trattandosi di un giudizio prognostico inerente l'elemento fiduciario del rapporto, tanto che anche il *considerando* n.101 della direttiva 2014/24/UE ha cura di precisare che *“una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto”*.

Nel caso di specie, è poi significativo, come sottolineato nel provvedimento di esclusione (cfr. la nota 10), che la società -OMISSIS- a seguito del rinvio a giudizio del sig. -OMISSIS- (intervenuto in data 28 marzo 2019), “*non abbia adottato a titolo prudenziale contromisure (c.d. self cleaning) idonee a dimostrare la sua integrità e affidabilità nonostante l'esistenza di un potenziale motivo di esclusione (emergente dallo stesso rinvio a giudizio)*”.

Le altre circostanze evidenziate dalla società esclusa sono state considerate nel provvedimento impugnato e ritenute non adeguate a ripristinare, allo stato, il rapporto fiduciario compromesso dall'operato del dott. -OMISSIS-, con motivazione che va immune da censure per le considerazioni che seguono:

- la diversa composizione è stata assunta dalla società soltanto in corso di gara e, per di più, nel mese di gennaio 2020, in epoca successiva alla richiesta di chiarimenti della Banca (prot. n. -OMISSIS-, riguardante tra l'altro la trasmissione della visura camerale della -OMISSIS- -OMISSIS-); mentre le dimissioni del dott. -OMISSIS- dalla carica di amministratore della società -OMISSIS- sono intervenute addirittura in pendenza di giudizio dinanzi al T.a.r.: lo stesso giudice di primo grado ha esplicitamente escluso che fossero circostanze idonee ad impedire la verifica di integrità da parte della stazione appaltante, deponendo “*in senso contrario il principio della necessaria continuità dei requisiti di partecipazione (inclusa quindi l'assenza di illeciti professionali) durante tutto l'andamento della gara*” (punto III della motivazione della sentenza); le censure della -OMISSIS- - in disparte i profili di inammissibilità prospettati dalle controparti per la mancata formale presentazione di appello incidentale – sono infondate perché non consentono di fare eccezione al richiamato principio giurisprudenziale nel solo caso di applicazione della c.d. teoria del contagio (come vorrebbe la società appellata), senza violare i principi di trasparenza e di parità di trattamento che ne stanno a base;

- la possibile incidenza negativa sull'affidabilità dell'appellata del *modus operandi* del dott. -OMISSIS-, radicalmente incompatibile con i doveri di correttezza professionale, come ben osserva la difesa di Banca d'Italia, non è esclusa dalla circostanza che egli fosse amministratore congiunto della società -OMISSIS- -OMISSIS-, considerata l'operatività del potere di veto, su cui si sofferma il provvedimento di esclusione; così come irrilevante è la circostanza che la fallita -OMISSIS- operasse in altro settore di attività, considerato che la condotta contestata in sede penale non è tipica di quest'ultimo;

- in merito all'epoca del commesso reato, non rilevano le (attualmente esistenti) oscillazioni giurisprudenziali sull'interpretazione dell'art. 80, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 (aggiunto dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019 n. 55): il provvedimento di esclusione, pur avendo fatto riferimento alla data della sentenza penale, ne ha tuttavia tenuto presente la motivazione ed ha evidenziato come il comportamento criminale degli imputati si sia protratto fino al 2016 (*"il sig. -OMISSIS-, unitamente agli altri imputati, nell'arco temporale che va dal 2008 al 2016, ha omesso dolosamente e sistematicamente il versamento degli oneri previdenziali e tributari [...]?"*) e come fosse il dott. -OMISSIS- ad occuparsi prevalentemente della parte contabile e amministrativa della fallita (nota 5) e ciò anche nei periodi in cui era momentaneamente privo di cariche formali (nota 7); la protrazione dei fatti a rilevanza penale fino al luglio 2016 rispetta il triennio di cui alla direttiva ed alla legge interna, essendo stata bandita la gara nel febbraio 2019 ed essendo scaduto il termine di presentazione delle offerte nell'aprile 2019 (mentre non trova riscontro nella sentenza penale l'argomento difensivo della -OMISSIS- secondo cui la contestazione del reato fino al 2016 sarebbe riferibile soltanto ai co-imputati, non anche al dott. -OMISSIS-).

7.3. Dato quanto fin qui esposto, gli appelli, principale (limitatamente ai primi due motivi) e incidentale, vanno accolti e, per l'effetto, va riformata la sentenza di primo grado che ha accolto i primi quattro motivi del ricorso avanzato da -OMISSIS-.

8. L'accoglimento dei motivi di appello comporta la necessità di esaminare il quinto motivo dell'originario ricorso, riproposto da -OMISSIS- ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., concernente la violazione del principio del contraddittorio e del principio di proporzionalità.

Esso è infondato.

8.1.1. Il contraddittorio procedimentale è stato garantito dalle tre richieste di chiarimenti (in data 1 agosto 2019, 19 novembre 2020 e 14 dicembre 2020), relative al procedimento penale pendente nei confronti del dott. -OMISSIS- ed alla sua posizione nella -OMISSIS- -OMISSIS-, tutte riscontrate dalla società destinataria.

8.1.2. Quanto al principio di proporzionalità, richiamato per le cause di esclusione facoltative (al cui novero appartiene l'illecito professionale) da parte del già menzionato *considerando* n. 101 della direttiva 2014/24/UE (secondo cui *“Nell'applicare i motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità”*), è da ritenere che esso vada parametrato non tanto all'applicazione *“eccessivamente estensiva”* dell'illecito professionale, da un punto di vista soggettivo, come sostiene la società ricorrente, quanto al fatto o alla vicenda che oggettivamente l'amministrazione qualifica come illecito professionale.

Invero, una volta che si sia ritenuto che questo è rilevante quando commesso da un soggetto in grado di influenzare le scelte dell'operatore economico concorrente, il giudizio di inaffidabilità di quest'ultimo, in tanto è proporzionato in quanto il fatto ascritto alla persona fisica non sia lieve o se lieve sia reiterato (cfr., da ultimo, Corte di Giustizia UE, 19 giugno 2019, in causa C – 41/18).

La gravità della condanna penale riportata dal dott. -OMISSIS- e dei fatti che ne sono oggetto, considerato il ruolo rivestito dall'imputato nella società controllante e nella controllata, senza che quest'ultima abbia adottato tempestive misure di *self cleaning* prima della gara, sottraggono il giudizio di inaffidabilità espresso dalla Banca d'Italia ed il conseguente provvedimento di esclusione della società al denunciato vizio di mancanza di proporzionalità.

Il quinto motivo di ricorso va quindi respinto.

8.2. Il sesto motivo di ricorso riproposto da -OMISSIS- ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. attiene all'illegittimità derivata del provvedimento di scorrimento della graduatoria adottato dalla stazione appaltante in favore della società -OMISSIS-.

In disparte la carenza di interesse che consegue all'esclusione definitiva della -OMISSIS-, il motivo è infondato, atteso il rigetto dei restanti motivi dell'originario ricorso.

8.3. In conclusione, il ricorso proposto da -OMISSIS- avverso il provvedimento di esclusione della società dalla gara indetta da Banca d'Italia oggetto del presente contenzioso va definitivamente respinto.

9. Il rigetto del ricorso introduttivo del giudizio comporta l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del terzo motivo dell'appello principale avanzato dalla società-OMISSIS-per censurare la dichiarazione di inammissibilità del ricorso incidentale dalla stessa proposto in primo grado.

10. Le spese dei due gradi di giudizio si compensano per giusti motivi considerato il contrasto di giurisprudenza sull'interpretazione dell'art. 80, commi 3 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti,

accoglie i primi due motivi dell'appello principale e l'appello incidentale e, respinti i motivi riproposti dalla società -OMISSIS- ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso proposto da -OMISSIS-. Dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il terzo motivo dell'appello principale.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**

